

جامعة وهران

كلية الحقوق

حماية الجسم البشري
في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة
(في القانون الوضعي والشريعة)

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف :
الأستاذ الدكتور عبد الحفيظ أسوكين

إعداد :
أحمد عمراني

أعضاء لجنة المناقشة

- | | | | |
|-----------------------------|-----------------------|---------|-------------------|
| 1. أ.د. مليكة عزمو | أستاذة التعليم العالي | رئيسة | جامعة وهران |
| 2. أ.د. عبد الحفيظ أسوكين | أستاذ التعليم العالي | مقرراً | جامعة وهران |
| 3. د. أوعامري محمد | أستاذ محاضر "أ" | مناقشاً | جامعة وهران |
| 4. أ.د. أبو بكر لشهب | أستاذ التعليم العالي | مقرراً | جامعة الوادي |
| 5. أ.د. معوان مصطفى | أستاذ التعليم العالي | مقرراً | جامعة سيدي بلعباس |
| 6. د. قاسم العيد عبد القادر | أستاذ محاضر "أ" | مقرراً | جامعة سيدي بلعباس |

*** سبتمبر 2010 ***

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ
الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا }
الإسراء : الآية 70

"الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ولدرء مفسد
المعاطب والأسقام."

الإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي
كتاب: قواعد الأحكام في مصالح الأنام

الإهداء

إلى من غمرتني بحبها وعطفها وحنانها، إلى روحها الطاهرة عرفانا
بدين لم أتمكن من رده... والدتي ،
إلى من رافق خطواتي بالتعليم وحسن التربية، إلى روحه
الطاهرة...والدي ،
إلى كل من أنار لي بالعلم والنصائح درب حياتي....أساتذتي
إلى زوجتي وأولادي،
إلى كل من سلك طريق العلم والمعرفة ... ،
إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا البحث .

مقدمة

شهد النصف الثاني من القرن العشرين، الذي ودعناه ، تطورات هامة وتقدماً عظيماً في مجموعة من الميادين المعرفية النظرية والتطبيقية، ومن بينها الطب وعلوم الحياة اللتين كان لهما تأثير كبير في تغيير مجريات الأحداث وأنماط الحياة ومن أبرزها : التقنية الحيوية ،والهندسة الوراثية ⁽¹⁾،والخريطة الجينية البشرية (الجينوم البشري)، والاستنساخ، والتلقيح الإصطناعي وما أفرزه من مشاكل ومنها بنوك الأجنة والنطف، وغيرها مما عرفته العقود الأخيرة من انجازات علمية باهرة .

أثارت هذه الاكتشافات الجديدة في هذه المجالات، وخاصة تلك التي تمس بالإنسان، جدلاً كبيراً وتساؤلات محيرة لأنها كثيراً ما تضع البشر في مواجهة مع ضمائرهم.فقد أصبح اليوم من الناحية العلمية بإمكان الإنسان أن يؤثر في عمليات الإنجاب والعناصر المكونة للرصيد الوراثي وأن يتفطن إلي بعض الأمراض الوراثية وغير ذلك من الإنجازات العلمية ،إلا أن هذه الإنجازات الباهرة، وإن تعتبر من الناحية العلمية مكسباً مفيداً للبشرية، إلا أنها في الوقت نفسه تبعث علي القلق والحيرة نظراً لما قد يترتب عنها من مشاكل حساسة وبالغة الخطورة⁽²⁾،والأمر لم يتوقف عند هذا الحد ، بل أصبح الهاجس الاقتصادي هو المهيم الأساسي علي البحث العلمي علي حساب كرامة الإنسان وحقوقه ، كما أصبح الطابع التجاري لاستغلال الأعضاء البشرية والمنتجات المختلفة

¹ - الهندسة الوراثية: هي التقنية التي تتعامل مع الجينات أو الوحدات الوراثية المتواجدة على الكروموزومات فصلاً ووصلاً وإدخالاً لأجزاء منها من كائن إلى آخر بغرض إحداث حالة تمكن العلماء من معرفة وظيفة (الجين) أو بهدف الحصول على طبقات كثيرة من نواتجه أو بهدف استكمال ما نقص منه في خلية مستهدفة.

² - وفي هذا السياق ، وبخصوص التقنية الحيوية ، يقول جيرمي ريفكين *Jeremy Rifkin* في كتابه " قرن التقنية الحيوية تسخير الجينات وإعادة تشكيل العالم " مترجم إلي العربية بمركز الإمارات للدراسات والبحث الإستراتيجية ، 1999، ص 7 :...ورغم أننا ناقشنا في الكتاب (ويقصد به مؤلف كتبه قبل عشرين سنة تحت عنوان (*Who Should Play God*)) المنافع العديدة التي يبشر بها هذا العلم فقد حذرنا في الوقت ذاته من المخاطر العديدة التي يبشر بها العلم الجديد التي قد تصاحب الثورة التقنية الجديدة وقد توقعنا أموراً عدة من بينها أننا - قبل نهاية القرن الحالي - سوف نشهد الأجناس المهجنة جنينياً أي وراثياً، والحيوانات التي تدخل فيها أنسجة جينية مختلفة ، كما سنشهد الاستنساخ وأطفال الأنابيب واستنساخ أرحام الأمهات البديلة ، كما قلنا في الكتاب ذاته إن الفحوص الخاصة بالكشف عن الأمراض الجينية سوف تنتشر علي نطاق واسع مما قد يثير تساؤلات كثيرة بشأن التمييز الجيني عند أصحاب العمل وشركات التأمين والمدارس ..."

للجسم البشري، أمراً مألوفاً حيث ظهرت فئة جديدة من الوسطاء تخصصت في هذا الميدان ، كما أن التقنيات الجديدة للإنجاب الاصطناعي لم تعد مجرد وسيلة لمعالجة العقم ، بل مهدت الطريق لمهن جديدة : كمهنة المرأة المستأجرة لرحمها، ولهذا الغرض وجدت شركات متخصصة في العالم الغربي ، تتمثل مهمتها في البحث عن النساء الراغبات في تأجير أرحامهن ، ومنها شركة ستوركس *Storkes* في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾ ومثيلاتها كثير في الولايات المتحدة الأمريكية وفي غيرها من الدول في أوروبا وغيرها .

يتكون الإنسان، باعتباره محلاً للممارسات الطبية والعلمية المستحدثة من عنصرى الجسد والروح، ويعد الجسد الذي يباشر الوظائف الحيوية محلاً للحق في السلامة الجسدية التي يحميها المجتمع بالنسبة لكل فرد بتشريعات جنائية تضمن حق سلامة جسمه وتكامله الجسدي. فمعيار الجنس البشري هو الذي يرسم الحدود الفاصلة بين الأشخاص والأشياء⁽²⁾. والإنسان في مجال الدراسات القانونية هو الشخص الطبيعي⁽³⁾. فالإنسان يوجد وتنشأ شخصيته القانونية منذ لحظة انفصاله حياً عن أمه طبقاً للمادة 25 من القانون المدني التي نصت علي أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته"، فالإنسان لا يوجد إلا منذ لحظة الميلاد حياً، ويظل جسم الإنسان موجوداً حتى لحظة الوفاة حيث يتحول الجسم إلي جثة.

وضمن تقسيمات الحقوق، نجد الحقوق المدنية التي تنقسم بدورها إلي حقوق عامة وحقوق خاصة، وهي الحقوق التي تثبت للشخص بمجرد وجوده،

¹ - زياد أحمد سلامة ، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة ، الطبعة الأولى ، دار البيارق ، بيروت 1996 ، ص 123

2- Irma ARNOUX , Les droits de l'être humain sur son corps , Presse universitaire de bordeaux , 1994 . « La personne est en droit un être humain et tout être humain est une personne . Telle est la réalité juridique actuelle. Le critère de l'espèce humaine trace la frontière entre les personnes et les choses . Les autres espèces biologiques, animales, végétales, les micro-organismes se sont pas et ne peuvent être des personnes en droit . cette exclusivité de la qualité de personne à l'espèce humain connaît des vicissitudes liées le plus souvent aux biotechnologie et aux pratiques médicales , mais elle garde toute son utilité à être attribuée à tous les êtres humains. »

3- أنظر الفصل الأول من القانون المدني الجزائري تحت عنوان "الأشخاص الطبيعية"

بغض النظر عن جنسه أو جنسيته، وتعرف بالحقوق اللصيقة بالشخصية، لأنها تتصل أشد الاتصال بالشخص، فهي تنصب علي عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة سواء كانت مادية كحق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وتكامله الجسدي، أو معنوية كحقه في المحافظة علي سمعته وشرفه وصورته، وحقه في الخصوصية والسرية لتظل أسرار حياته محجوبة عن العلنية⁽¹⁾، وغيرها من الحقوق المعنوية الأخرى⁽²⁾.

فالحقوق التي يقرها القانون بوجه عام، إما أن تكون شخصية تتعلق بالأشخاص، وإما عينية ترد على الأشياء، وبالتالي أين موقع جسم الإنسان من هذه الحقوق؟ وهل يعتبر الجسم البشري جزءاً من الإنسان أم امتداداً له؟ أم أنه مجرد شيء من الأشياء يمكن التصرف فيه؟ وهل هذا الحق هو حق ملكية؟ أم أن الإنسان مجرد صاحب حق عليه؟ أم أنه هو بذاته يذوب و ينصهر في جسده؟. تلك مجموعة من الأسئلة تتوقف إجابتها على تحديد الطبيعة القانونية لجسم الإنسان.

ما هو معلوم أيضاً، أن وظيفة القانون تتمثل في تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأشخاص وعلاقات الأشخاص اتجاه الأشياء فحسب، وليس المرة العلاقات بين الشخص وجسمه. غير أن مفهوم الحق علي الجسم الذي يشكل جوهر النقاش الذي فتحته التطورات في الميادين المعرفية النظرية والتطبيقية في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة الجزئية تغير بشكل جذري، فقد أصبحت أعضاء جسم الإنسان ومشتقاته محل استغلالات واستعمالات مختلفة، بحيث لم يصبح هناك شيء من جسم الإنسان "يرمى" من : دم، وأعضاء، وعيون، وخلايا، ونخاع عظمي وشوكي، وأنسجة، ولقائح آدمية، ومشيمة وغيرها من عناصر ومشتقات

¹ - لحماية هذه الحقوق تضمن قانون العقوبات في القسم الخامس أحكاماً جزائية لكل اعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حيلتهم الخاصة وإفشاء الأسرار (المواد من 296 إلى 303 مكرر 3) .
² - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، القاهرة، 1993 ، ص 476 وما بعدها .
 وأنظر أيضاً : حسن كره ، المدخل إلي القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الخامسة ، 1974 ، ص 447 وما بعدها .

الجسم البشري، كل يستعمل لأغراض علمية أو علاجية مباشرة (زرع) أو غير مباشرة في البحث والتحويل إلى مواد صيدلانية ومواد تجميل⁽¹⁾ .

ونتيجة لكل ذلك، عرف علم القانون، خاصة ما تعلق بتنظيم الحق في سلامة الجسم أو ما يعرف: " بمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان " أقوى التحولات، التي فرضتها الممارسات الطبية الحديثة والتي أصبحت تستعمل مكونات الجسم البشري كأدوات عمل للتغلب على الأمراض التي لا يمكن علاجها بالعقاقير أو الوسائل التقليدية، وأصبح الجسم البشري مخزوناً لقطاع الغيار الآدمية، مما جعل مبدأ " حرمة الكيان الجسدي للإنسان " ، يتخذ شكلاً جديداً يتميز بالمرونة تتمثل في إعطاء السيادة المطلقة للإنسان على كيانه الجسدي .

وبهذا فقد تغير مفهوم مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان من كونه مبدأ حظر كل أشكال المساس بكيان الجسم البشري ما لم تكن هناك ضرورة علاجية ، إلى مفهوم جديد هو إباحة المساس بالكيان المادي للإنسان طالما كان ذلك برضا صاحب الحق وموافقته الصريحة. وبهذا فقد انتقل نطاق مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان من حماية وتقديس مادة الجسم إلى احترام إرادة ورغبة الإنسان صاحب الحق، بل في بعض الأحيان حتى هذه الإرادة لا تحترم بدواعي المصلحة الاجتماعية أو حق الدولة في تأميم الجثة⁽²⁾ .

ومن الأهمية بمكان القول، بأن أفول مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان لا يعني مطلقاً إباحة الممارسات الطبية التي من شأنها انتهاك حرمة الكيان المادي للإنسان وإهدار كرامته، وللحيلولة دون ذلك، ظهر بالمقابل فكر أخلاقي واحتل مكانة بارزة في الخطاب الفلسفي المعاصر، وأصبح فرعاً جديداً من العلوم

¹ - Irma ARNOUX , Op.Cit. P 17

² - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري ، في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 2 .

الإنسانية يعرف بعلم أخلاقيات العلوم (Bioéthique) ⁽¹⁾، ويهتم بالمشاكل الأخلاقية الناجمة عن الممارسات والأبحاث العلمية المعاصرة في علوم الصحة والحياة. وتشير مصادر هذا الفكر أن هذا المصطلح استعمل منذ بداية السبعينات، كما تشير إلي أن أول من استعمله هو العالم البيولوجي الأمريكي (Van renselaer Potter)، وقصد منه التعبير عن الحاجة إلي إنشاء مجال فكري جديد يهدف إلي إقامة حوار دائم بين العلوم البيولوجية والقيم الأخلاقية، ويُذكر المؤسسات العلمية والعلماء بمسؤوليتهم الأخلاقية عن ما يقومون به، وبضرورة تجاوز الدوائر الضيقة للتخصص، والمساهمة في تفكير أخلاقي من أجل تحسين نوعية الحياة والحفاظ علي توازن البيئة (2) .

وحتى نفهم الملابس التي أحاطت بالسياق العام الممهد لظهور مفهوم "أخلاقيات العلوم"، فلابد من العودة إلي فترة الستينات من القرن المنصرم وبالضبط في الولايات المتحدة الأمريكية التي تم الإعلان فيها عن مجموعة من الفضائح التي وقعت في المستشفيات الأمريكية، وتتمثل في قيام بعض الأطباء بإجراء تجارب علي فئات معينة من المرضى هزت الرأي العام الأمريكي، وأعادت إلي الأذهان صور نماذج التجارب الطبية الفظيعة التي كان تجريها ألمانيا النازية علي الأسرى في معسكرات الاعتقال إبان الحرب العالمية الثانية والتي كشفت عنها محاكمة نورنبرغ سنة 1947 . ونورد هنا بعض التجارب التي أجريت في المستشفيات الأمريكية ومنها :

- ابتداءً من سنة 1932 أجريت تجارب طبية علي 400 من الزوج الأمريكيين المصابين بداء الزهري، حيث حُرْم هؤلاء من العلاج بالبنيسلين الذي ثبتت فعاليته

1- هذا المصطلح من حيث الاشتقاق يتألف من كلمة Biologie وتعني علم الأحياء وكلمة Ethique وتعني علم الأخلاق ومبادئ توجيه السلوك البشري.

2 -Hubert Poncet ,Au pays de la bioéthique , Labor et Fides , Genève ,1996, p.38.

لعلاج هذا المرض، وذلك من أجل اختبار دواء آخر، وقد عرفت هذه الفضيحة بقضية: (Affaire Tuskegee) (1).

- ما بين 1950 و 1970 تم حقن مجموعة من المرضى نزلاء مستشفى الأمراض العقلية بفيروس الالتهاب الكبدي من أجل معرفة مراحل تطور هذا المرض.
- في سنة 1963 تم حقن خلايا سرطانية حية في أجسام مرضى عجزت من أجل اختبار مقاومتهم ومناعتهم ضد السرطان.

كل ذلك كان مبرراً كافياً لتصبح التجارب على الإنسان موضوعاً أخلاقياً معاصراً، وواحداً من أهم مشاغل مدونة أخلاقيات الطب. بيد أن الأمر لم يتوقف عن حد التجارب على الإنسان، إذ عرفت التكنولوجيا الطبية تطوراً متعاضماً وأدت تطبيقاتها إلى ظهور مشاكل أخلاقية جديدة، إذ سرعان ما انضافت إليه مشاكل أخرى جديدة معقدة وشائكة منها على الخصوص، مشاكل الولادة بالتلقيح الاصطناعي، مشاكل الأبحاث حول الأجنة البشرية، مشاكل زراعة الأعضاء البشرية، مشاكل انتقاء الجنس، مشاكل الاستنساخ، مشاكل الموت الرحيم وغيرها من المشاكل التي حدثت والمتوقع حدوثها مستقبلاً .

وفي هذا السياق يقول جيرمي ريفكين (Jeremy Rifkin) عن النتائج المذهلة التي حققتها التقنية الحيوية، والمخاطر المصاحبة لها "... إننا ندخل قرن التقنية الحيوية، وقد عقدنا صفقة ضخمة تشبه صفقة فاوست (2)، إذ نرى أمامنا خطوات واسعة ونحقق إنجازات عظيمة ونعيش مستقبلاً زاهراً. ولكن مع كل خطوة نقطعها نحو هذا العالم يبقى السؤال الذي يطاردنا: ما هي تكلفة ذلك؟. ثم يستطرد قائلاً: "... إن المخاطر المصاحبة لقرن التقنية الحيوية مشؤومة ، كما

¹ - François Isambert , Aux sources de la bioéthique , la revue française : Le débat , n° 25 , mai 1983 , p.85.

² - عقد أوصفة فاست (faust) في الأساطير الألمانية ، صفقة مع الشيطان ، يحصل بموجبها علي معرفة لا حدود لها مقابل روحه للشيطان .

أن البشائر المصاحبة له مغرية. إن الحيرة بين الجوانب المظلمة للتقنية الحيوية تعد اختباراً لكل واحد منا⁽¹⁾.

كما عبر أحد المفكرين عن هذا المخاطر، التي قلبت الكثير من المفاهيم التي رسخت لدى البشرية منذ قرون، حيث يقول: " سيكون علينا أن نعيد ما نعنيه بالأمومة والأبوة والحمل. سيصبح بعض النساء أمهات بيولوجيات دون أن يحملن، بل يستأجرن أمّاً تلد لهن. ستختار أخريات لأن يحملن متأخراً، بعد أن يتوقفن مثلاً عن العمل أو حتى بعد سن اليأس... ستحمل بعض النسوة دون أن يقابلن الأب، سيصبح الآباء بيولوجيين دون أن يقابلوا الأم... أي حق للعلم والطب في أن يتطفلا على أكثر عمليات حياتنا طبيعية، فيحيلانها لتصبح مصطنعة فظيعة؟ سنواجه بمثل هذه القضايا الأخلاقية، المرة بعد المرة في مستقبل الرعاية الصحية وليس فقط في مجال التكاثر"⁽²⁾.

فبعد هذا التطور الهائل في علوم الطب بصفة عامة والهندسة الوراثية، بشكل خاص، أصبح من الواجب العمل على تنظيم استخدامها واقتراح أخلاقيات تحكمها، ذلك لأنه إن لم تقن وترسم لها الحدود، ليس بين الممكن وغير الممكن فحسب، ولكن بين المحظور والمسموح به لتُجنب البشرية كوارث جديدة في المستقبل.

ومن ثم، فإن حرية التطور العلمي ينبغي أن تكون حرية مسؤولة، والتشريع باعتباره عصب الحياة الذي يضبط إيقاع أحداثها، ينبغي أن يبرز في وضعية قوية تمكنه من الهيمنة على مستجدات الأحداث بما في ذلك معطيات التطور العلمي. فهو مطالب بأن يهيمن على الفنون العلمية الحديثة حتى يشكلها بما يتلاءم مع مصلحة الإنسان، وبأن لا يسمح بتحقيق التقدم العلمي على حساب

¹ - جيرمي ريفكن، قرن التقنية الحيوية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، 1999،

ص 13

² - والتروت أندرسون *W.T. Anderson*، عصر الجينات والإلكترونيات، (ترجمة أحمد مستجير)، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2002 ص 141.

المصلحة الإنسانية والحضارة البشرية⁽¹⁾. وما من شك في أن هذه التطورات العلمية والطبية وتطبيقاتها على الإنسان، تترك -ولو بطريقة غير مباشرة - آثاراً على القانون بوجه عام، مما يُتطلب منهم القيام بدور مزدوج : تقدير النتائج والآثار التي تترتب على هذه التطورات والاكتشافات العلمية والطبية، وإعداد الإجابات الملائمة للتساؤلات والمشاكل الكثيرة والدقيقة التي تثيرها هذه الاكتشافات وتطبيقاتها. وقد عبر عن ذلك اكزافيي لابي (Xavier LABBEE) بقوله " ...إن كان القانون غير متكيف وغير قادر على حل هذه المشاكل ذات الصلة بالاكتشافات العلمية الحديثة ، فإن الأمر يقتضى تبنى نصوص جديدة"⁽²⁾. وعليه، فإن الإشكالية الأساسية التي تثيرها موضوع بحثنا تتمثل في حقيقة تأثير الممارسات والأبحاث في علوم الصحة والحياة علي نطاق الحماية القانونية للكيان المادي للجسم البشري، ومدى فعالية المبادئ القانونية والأخلاقية في الحد من تجاوزات هذه الممارسات واستهدافها مادة الجسم البشري .

وبما أن موضوع البحث هو محاولة تلمس نطاق الحماية القانونية لجسم الإنسان في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة ، فإنه من البديهي أن نتعرض خلاله إلى مسألة تعريف جسم الإنسان بوصفه مناط الحماية القانونية من جهة ، وموضوعاً للممارسات الطبية الحديثة باختلاف أنواعها من جهة أخرى، كما يجب الوقوف على تحديد اللحظة التي يتحقق فيها وجود الإنسان وتلك التي ينتهي عندها ذلك الوجود لما في ذلك من أهمية في تحديد نطاق الحماية الواجبة للكيان البشري في كل مرحلة من مراحل تطوره وتكوينه ، سواء كان ذلك قبل ولادته أو بعد ولادته أو بعد وفاته ، ومن هنا قسمنا البحث إلى قسمين :

¹ - حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1975 ، ص 240 .

² - Xavier LABBEE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, presses universitaires de Lille, 1990, p13.

الأول تحت عنوان: حماية الكيان المادي للجسم البشري قبل الولادة:

بينما كان الجنين مادة ترمى أو تدفن إذا ما ولد ميتاً، هاهو اليوم يسترعى اهتمام السياسيين والمشرعين والسلك العلمي بمختلف تخصصاته بالنظر إلى ما أصبح يتعرض له من ممارسات واستغلالات مختلفة، وما أصبحت تقدمه المادة الجنينية من فائدة في ميدان الطب والصحة (1) .

ففي مجال علاج مشكل العقم والإنجاب ، فقد عرفت التكنولوجيا الطبية والبيولوجية تطور كبيراً في قدرة الإنسان على التحكم في عملية الإخصاب والإنجاب وذلك بإجراء عملية الإخصاب في المختبرات وخارج الرحم، ثم تنقل اللقيحة إلى رحم الأم، وهو ما يعرف بـ " أطفال الأنبوب " . وكان لهذه الطريقة الاصطناعية في الإنجاب أثراً على كثير من المفاهيم الأساسية التي رسخت لدى البشرية منذ عهود ومنها النسب، فلم يعد من الضروري أن تحمل الأم بطفلها في بطنها، ولا أن تكون المرأة الحابل بالطفل هي أمه الحقيقية. وتعددت الأطراف التي يدين له الطفل بحياته، فأصبحت أكثر من اثنين .

كما أن البيولوجيا الجزيئية (*Biologie moléculaire*) غدت تملك الآن وسائل متطورة لحفظ الخلايا التناسلية (البويضة والمني) أو الأمشاج البشرية *Les embryos* عن طريق التجميد والتخزين من أجل استعمالها في المستقبل، وحتى بعد موت وانقراض أصحابها.

إلى جانب الإنجاب الاصطناعي، فقد تطور منذ بداية الثمانينات من القرن المنصرم، فرع من فروع البيولوجية الطبية، وهو "علم الأجنة"⁽²⁾، حيث أصبحت الأبحاث تستعمل أجنة بشرية لأغراض علاجية أو تجارب طبية وغيرها من الاستعمالات، مما جعل هذه الاستعمالات محل جدل قائم وما زال حول الطبيعة القانونية للأجنة البشرية وحول مشروعية استخدامها في التجارب الطبية، وهل

1 - عبد الحفيظ أوسكين ، الجنين في ضوء القانون ، دار الهلال ، 2005 ، ص 38

2 - يهتم هذا العلم بدراسة نشأة وتطور الكائن البشري منذ اللحظة الأولى للإخصاب حتى لحظة الولادة .

هي كائنات بشرية حية تتمتع بكامل الحقوق، وبعبارة أخرى ما هو النظام القانوني الذي يحكم الممارسات الطبية والعلمية الماسة بالأمشاج واللقائح الأدمية؟ ونظراً لكون أن هذه اللقائح الأدمية بصورتها المجردة والمخصبة، والتي تعد من أهم المنتجات الجسمانية وأكثرها رقياً- لكونها تشكل نواة التكوين الأولى للكيان المادي للإنسان- لم تحظ بالحماية القانونية الكافية التي تقرها القواعد العامة التي اقتصرت فقط على تقرير الحماية القانونية للجسم البشري من الاعتداءات التي تمس بسلامته، فقد أصبح من الضروري أن تشملها هي أيضاً هذه الحماية بنصوص خاصة تتلاءم مع طبيعتها وطبيعة الممارسات الطبية والعلمية التي تتعرض لها.

هذا ما سنحاول الوقوف عليه بالتعرض إلى نطاق الحماية القانونية التي أقرتها التشريعات الوضعية وفقهاء الشريعة الإسلامية بدءاً بعمليات التلقيح الاصطناعي بمختلف أشكاله وصوره، إلى التجارب والأبحاث العلمية على الأجنة والخلايا التناسلية الأدمية، أو استخدامها في العلاجات الجينية الحديثة وغيرها من الممارسات الطبية التي تشكل اللقائح الأدمية موضوعاً لها .

أما القسم الثاني بعنوان: حماية الكيان المادي للجسم البشري بعد الولادة: بين اللحظة التي يتحقق عندها وجود الإنسان وتلك التي ينتهي فيها، أصبح هذا الجسم يتعرض لممارسات طبية، تشكل أحياناً خطورة على الحق في سلامة جسمه وتكامله الجسدي، بل أصبح الأمر أشد خطورة وتأثيراً عندما تشكل هذه الممارسات خروجاً عن القواعد الشرعية والقانونية أحياناً والأخلاقية أحياناً أخرى. ولعلّ أبرز هذه الإنجازات العلمية المشهود لها بالتطور زماناً ومكاناً، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والأنسجة بين الأحياء ومن جثث الموتى، التي تخطت حدود التجارب العلمية والطبية ودخلت منذ عهد ليس بالبعيد حيز العلاج الجراحي.

فجسم الإنسان باعتباره الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل الحق في سلامة الجسم التي تعد من الحقوق الشخصية التي صانها الشرع

والقانون وكفلت الدساتير حفظها لكل فرد من أفراد المجتمع⁽¹⁾، غير أن التطور العلمي والطبي الهائل في مجال نقل عضو من جسم شخص حي أو ميت إلى شخص آخر مريض لينتفع به، فرض البحث في مدى مشروعية المساس بالجسم البشري الذي يعتبر الحقل الخصب الذي يلجأ إليه الطبيب للحصول على قطاع الغيار البشرية .

فالمصلحة العلاجية والمحافظة على جسم الإنسان تعد الركيزة الأساسية لمشروعية عمليات نقل واقتطاع الأعضاء، ومن ثم فإن تناولنا لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة في هذا المجال هو بهدف الوقوف على انعكاسات هذه الممارسات على نطاق الحماية القانونية لسلامة جسم الإنسان وأعضائه بصفة خاصة سواء بالنسبة للمانح المنقول منه العضو، أو المتلقي الذي سينقل إليه ذلك العضو لإنقاذه من الهلاك. ثم إنه بين المانح والمتلقي، يكون للطبيب دور فعال في هذه العملية وما يترتب عنها من آثار قانونية متعلقة بالحماية القانونية للجسم البشري.

أما بعد وفاة الإنسان، فإنه ينتقي عنه وصف الجسم وتنتهي معه نطاق الحماية القانونية بمفهومها الواسع، وندخل في نطاق أحكام قانونية أخرى خاصة بحرمة الجثة، التي لم تسلم هي الأخرى من أثر الممارسات الطبية والعلمية المستحدثة، ولعل أول قضية يواجهها الطبيب قبل أخذ الأعضاء من جثة الميت هي تحديد لحظة الوفاة، والسبب في ذلك أن فاعلية زرع الأعضاء المنقولة إنما يتوقف على سريان الحياة في الأنسجة والخلايا المكونة له، ذلك لأن العضو الذي توقفت فيه الدورة الدموية وانقطع عنه الري الدموي لا يفيد غرسه لفساد الخلايا المكونة له⁽²⁾. هذا الأمر دفع بالأطباء وأهل الاختصاص إلى البحث عن الوسائل التي تُبقي على أعضاء الجسم في حالة بيولوجية صالحة لغرسها في جسم

¹ - ومنها الدستور الجزائري الذي نصت مادته 34 على: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان . ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة "

² - Paul julien doll , La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Paris, 1970, p.25.

حي. وفي ضوء هذه الاعتبارات يثور التساؤل حول مسألة تحديد لحظة الوفاة هل هو شأن طبي محض أم أن لرجال القانون والنصوص التشريعية دوراً في تنظيم وتقنين هذا الأمر. ومن هنا اكتسبت مسألة تحديد اللحظة الحقيقية للوفاة أهمية خاصة في العصر الحديث، ومرد ذلك إلى التطور الجراحي في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء وما صاحبه من النظر إلى الجثة على أنها مصدر خصب لقطع الخيار البشرية. إضافة إلى أنه بتطور أجهزة الإنعاش الصناعي لم تعد المسألة هي الحياة أو الموت، بل توصلت هذه الأجهزة إلى حالة ثالثة يكون الإنسان فيها بين الحياة والموت (1).

وتعود أهمية دراسة هذا الموضوع إلى حساسية هذه الممارسات الطبية والعلمية التي طالت الجسم البشري بكل أعضائه وعناصره ومشتقاته، وقلة التشريعات المؤطرة والمنظمة لهذه الممارسات في الكثير من الدول. أما التشريعات البيوأخلاقية، التي صدرت في بعض الدول، جاءت في حقيقة الأمر لتمسك العصا من الوسط بحيث لم تغلب الجانب العلمي والعملية لهذه الممارسات على جانبها القانوني والأخلاقي، بغية تحقيق التوازن بين متطلبات الثورة التي عرفتها العلوم الطبية والبيولوجية الحديثة، وتوفير القدر المطلوب لحماية الجسم البشري في مواجهة هذه الممارسات التي تستهدفه في كل عناصره ومشتقاته.

ولا يخفي على الباحثين في هذا الحقل الصعوبة التي تكتنفه بالنظر إلى تعدد الاختصاصات المتصلة به، من علوم الطب والبيولوجيا، فضلاً عن ضرورة استيعاب الصور العلمية والفنية للكثير من التقنيات المستعملة في تقنيات التدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ونقل وزراعة الأعضاء .

أما عن المنهج الذي تقتضيه هذه الدراسة، فإنه لا يكفي الاعتماد فقط على منهج التحليل القانوني المستعمل عادة في دراسات وبحوث القانون، ولكن زواياه المتعددة من أخلاقية، وقانونية، وشرعية، وطبية، تقتضي استخدام المنهجين

¹ - محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002، ص 226 و227

الاستقرائي والاستدلالي، لتسليط الأضواء على الأبعاد الأخلاقية والقانونية والشرعية لهذه الممارسات الطبية المستحدثة، التي أصبح جسم الإنسان ومنتجاته ومشتقاته هدفاً لها. ولا تكون معالجة موضوع بحث كهذا، مكتملة إلا من خلال القانون المقارن، وذلك بالتعرض للتجارب التشريعية والقضائية للدول التي كان لها السبق في هذا المجال، وقطعت شوطاً معتبراً في التأطير القانوني والتنظيمي لهذه الممارسات الطبية والعلمية المستحدثة في أغلب جوانبها.

ومن ثم، لما أصبحت هذه الممارسات محل تساؤلات كثيرة، شرعية، وقانونية وأخلاقية، فقد تطلب الأمر الوقوف على الفرضيتين التاليتين :

- إلى أي مدى بلغت التشريعات البيوأخلاقية والطبية، والجزائية، في تحقيق الحماية الكافية للكيان المادي للجسم البشري قبل الولادة، لاسيما تلك الممارسات التي تستهدف اللقائح الأدمية بصورتها المجردة والمخصبة، والتي تعد من أهم المنتجات الجسمانية وأكثرها رقياً باعتبارها نواة التكوين الأولي للإنسان؟.

- وما مدى فعالية هذه التشريعات في الحد من غلواء هذه الممارسات التي تستهدف الجسم البشري بعد ولادته أو جثته بعد وفاته، بعد أن أصبح هذا الجسم يمثل الحقل الخصب الذي يلجأ إليه الطبيب للحصول على قطاع الغيار البشرية، في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية؟.

وخلال إجابتنا على الفرضيتين، سنتعرض أيضاً إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من التداعيات الشرعية التي تثيرها هذه الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، وذلك بالوقوف على فتاوى الفقهاء، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي والمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، وكذا وتوصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. كما سنتعرض إلى موقف المنظمات الصحية الدولية والإقليمية بشأن التداعيات الأخلاقية والقانونية لهذه الممارسات .

القسم الأول

حماية الكيان المادي للجسم البشري قبل الولادة

ما هو معلوم أن الجسم البشري يمر بأطوار عديدة منذ لحظة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة إلى أن يكتمل الجنين في صورته النهائية، وذلك وفقاً للترتيب القرآني والعلمي. قال عز وجل { وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ } (1). وقال أيضاً في سورة الحج { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن نُّرَابٍ ثُمَّ مِّنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُّتَوَكَّىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يُّرَدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا } (2).

ومن هذه الآيات وغيرها يمكن تحديد مراحل تكوين الجنين، بحيث نميز بين طورين في تكوين الجسم البشري وهما:

الأول: وتبدأ هذه المرحلة من التقاء الحيوان المنوي والبويضة مروراً بالنطفة فالعلقة فالمضغة ، وتنتهي ببداية تكوين الجسم على الصورة التي يولد عليها الإنسان. وتكمن أهمية هذا الطور من الناحية القانونية أن العناصر البشرية التي يتشكل منها الجنين أصبحت تدرج ضمن ما يعرف بالمنتجات أو المواد البشرية إذا ما تمت عملية الإخصاب داخل أنبوب وخارج الجسم البشري (خارج الرحم). ومن هنا أصبح المساس بالحيوان المنوي أو البويضة أو اللقائح المخصبة يعد قبيل المساس بالسلامة الجسمية للإنسان مع تباين كبير في تكييف المسألة من قبل القوانين البيوأخلاقية التي عالجت موضوع الممارسات الطبية المستحدثة على المنتجات والمشتقات البشرية .

الثاني: ويبدأ من اكتمال تكوين الجنين وتأهبه للنزول. وبخصوص هذا الطور ثار خلاف كبير بين الفقهاء من حيث تكييف أفعال المساس بالسلامة الجسمية التي تقع على هذا الجنين ، ففي حين يرى البعض أنها تدخل في نطاق

¹ - المؤمنون، الآيات 12-14

² - الحج، الآية 5 .

جرائم الإجهاض طالما لم يفصل الجنين عن أمه ، فإن البعض الآخر يرى عكس ذلك ويعتبرها كالاغتداء على الإنسان العادي وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون العقوبات بخصوص جرائم الإيذاء والقتل وغيرها .

وبناءً عليه، فإنه يمكن القول بأن مادة الجسم البشري تتكون من قسمين رئيسيين هما: المشتقات والمنتجات البشرية و الأعضاء البشرية. فالتباين بين القسمين لا يكمن من الناحية الطبية فحسب، ولكن أيضاً من الناحية القانونية لاسيما تكيف أفعال الانتهاك التي تقع على كل من القسمين.

ففي القسم الأول من هذا البحث، الذي خصصناه لموضوع الحماية القانونية لجسم الإنسان قبل الولادة، فسنتقف على مدى توفر الحماية القانونية الواجب توفيرها للجسم البشري من بداية تكوينه في الطور الأول ، إلى طور تكوينه النهائي في رحم الأم وتأهبه إلى النزول بعد أن يكتمل تكوينه .

فالقوانين الوضعية وفقهاء الشريعة الإسلامية تعرضوا بإسهاب لمسألة الحماية المدنية والجزائية للجنين، أي بعد اكتمال تكوينه وتأهبه للنزول، وتتمثل الحماية المدنية في حماية معنوية وأخرى مادية، وأهم حماية معنوية هي حقه في النسب، أما الحماية المادية فهي حقه في النفقة، مع اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تقريرها هذه الحماية للحمل أم للحامل⁽¹⁾ . أما الحماية الجنائية التي أقرتها التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية لصالح الجنين فتتمثل في إرجاء عقوبة الحامل حتى تضع حملها⁽²⁾ . كما أقرت حماية الجنين من الاعتداء عليه

¹ - مفتاح محمد ازقيط ، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، 2004 ، ص 88 وما بعدها.

² - من ذلك ما نص عليه الأمر رقم 72 - 2 المؤرخ في 10 فبراير 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين ، في القسم الثاني منه المعنون : التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية ، حيث نصت المادة 15 على وجوب تأجيل تنفيذ أحكام الجزائية على المرأة الحامل .

- كما نصت المادة 197 على أنه لا يمكن تنفيذ عقوبة الإعدام بامرأة حامل أو مرضعة لطفل دون 24 شهر من عمره .

بالإجهاض وجرمت الفعل⁽¹⁾. غير أن الطور الذي يسبق هذه المرحلة أي منذ لحظة التقاء الحيوان المنوي والبويضة مروراً بالنطفة فالعلقة فالمضغة ، إلى غاية بداية تكوين الجسم على الصورة التي يولد عليها الإنسان ، كما أسلفنا، فإن الممارسات الطبية الحديثة مثل نقل الأمشاج من الغير بغرض المساعدة على الإنجاب ، واستخدام اللقاح الأدمية في الصناعات البيولوجية والأبحاث والتجارب العلمية وغيرها ، لم تحظ بحماية كافية من قبل تشريعات كثير من الدول ، خاصة في الدول العربية والإسلامية ، لاسيما وأن الكثير من هذه الممارسات يتعارض مع المبادئ الأخلاقية والثوابت العقائدية المستقرة في ضمير الأمة .

وما كانت هذه المسألة لتطرح للنقاش لو لا تطور التقنية الحديثة في مجال التلقيح الاصطناعي بشكل عام والتلقيح الإصطناعي الخارجي بشكل خاص ، وهو ما أصبح يعرف بأطفال الأنابيب . فقد أثارت هذه الطرق الحديثة للإنجاب جملة من المشاكل والتساؤلات الكثيرة من أهمها : بداية حياة الجنين من أجل إضفاء الحماية القانونية المقررة للجنين ، ومشروعية إنشاء بنوك النطف والأجنة ، وجواز التخلص من الأجنة الزائدة عن الحاجة، ومشروعية التصرف في النطف بيعاً أو تبرعاً للغير، ومشروعية إيجار الرحم (الرحم الظئر) وما تعلق بهذا من مشاكل كثبوت النسب وغيرها ، وثبوت ما يتفرع على النسب من ميراث ونفقة وغير ذلك في صور الإخصاب الطبي المساعد المختلفة، ومشروعية جواز التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة ، ومشروعية إجراء التجارب والأبحاث العلمية على اللقاح الأدمية وغيرها من المشاكل التي ما زالت محل تساؤلات محيرة .

ما هو مؤكد فإن استغلال الأجنة الملقحة أصبح يثير جملة من التساؤلات الجوهرية؛ فلسفية وسياسية وأخلاقية ودينية وحتى اقتصادية، شبيهة بتلك التي طرحت بصدد التلقيح الاصطناعي، واقتترنت هذه التساؤلات بالأغراض التي

¹- نصت المادة 304 من قانون العقوبات ، المعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 على أنه " كل من أجهض امرأة حاملاً أو مقترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج .

يتبعها هذا الاستغلال علمياً كان أو تجارياً أو صناعياً. ومن ثم يجب التفكير مبدئياً في تحديد المفاهيم، وترتيب متجانس للحلول المراد إيجادها. ولعل أول مبدأ ينبغي الوقوف عنده هو احترام هذه اللقائح الأدمية، التي أصبحت محل استخدامات كثيرة ومن هذه الاستعمالات والممارسات على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي⁽¹⁾:

- **الأول :** طبي بغرض الكشف (fins diagnostics) كأن يستعمل في البحث عن الخصوصيات البيولوجية لأنواع الخلل التي قد تصيب الجنين في مراحل تكوينه الأولى، وهذا النوع من الكشف له فوائده لاسيما أنه يسمح بإعطاء النصائح الطبية الضرورية للأبوين فيما يخص الحمل الخاضع للكشف أو فيما يخص مشروع الحمل اللاحق.

- **الثاني:** هو معرفي (fins cognitives) لأن تطور المعارف في حقل بيولوجية التنمية والوراثة الإنسانية لن تتأتى إلا باقتحام عالم الأنسجة والأعضاء المركبة للجنين.

- **الثالث :** هو مكرس لأغراض علاجية (finalités thérapeutiques) ويسمح به في حدود معينة كتحسين نمو الجنين حتى ولادته، أو معرفة الأسباب التي أدت إلى الإجهاض التلقائي مثلاً (Interruption spontanée).

- **الرابع :** هو استخدام بغرض إجراء تجارب علمية (utilisation à des fins d'expérimentation) التي ما زالت محل جدل ونقاش بين مؤيد ومخالف .

- **الخامس :** وهو استعمال آخر للأجنة يحدث عندما تتدخل يد الإنسان في تقرير مصيرها عن طريق توظيف التنقية الجينية (thérapie génique). مثل ما حدث سنة 1996 ، حيث ولد أول طفل في بريطانيا عن طريق هذه الوسيلة، بعدما أخذت بويضات المرأة ولقحت مخبرياً مع السائل المنوي للزوج، فحصل على عدة لقيحات، أخذت واحدة فقط، لتغرس في رحم الأم. المستجد في المسألة

¹ - عبد الحفيظ_أوسكين ، الجنين في ضوء القانون، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2005، ص 45 و46.

أنه عوض أن تأخذ أي لقيحة بدون تمييز - من باب الصدفة - اختيرت واحدة بالذات بعد أن فحصها البروفيسور ألان هاندسايد وتأكد من خلوها من أي جين معاب متعلق بالمرض الوراثي المعروف بـ: (Colique polypose adenomateuse) الذي أصيبت به الأم "أنجيلا" وتوفيت على إثره أمها وأختها. هذه العملية "التنقوية" إن كانت لها الفائدة العظمى في إعطاء الأمل للسيدة أنجيلا في الإنجاب بدون مشاكل، يرفضها تيار غالب في أوروبا لنزعتها التنقوية (eugénique) على اعتبار أنها تؤدي في المستقبل إلى "صناعة" أطفال حسب المقاس.

- **السادس** : وفي استعمال آخر، يسمى بالرضيع الدواء ، ومن ذلك ما أحدثته ولادة خافييز " Javier " الرضيع الدواء " Bébé- médicament " في شهر أكتوبر 2008 في اسبانيا في مستشفى بإشبيليا ، من ضجة كبرى بين المعارضين والمؤيدين لهذه العملية . ذلك أن ولادة خافييز لم تكن طبيعية ، وإنما كانت مبرمجة (عن طريق التلقيح الاصطناعي) خصيصاً لمحاولة علاج أخيه أندري Andrés البالغ من العمر 7 سنوات والمصاب بأحد أخطر أنواع الأنيميا Anémie congénitale . فقد تم اختيار -من ضمن عدد من البويضات الملقحة - واحدة لا تحمل جينات هذا المرض الوراثي وتتوافق مع الخريطة الوراثية لأندري. وبعد ذلك تم زرعها في رحم الأم ، وعند الولادة تم سحب دم الحبل السري (والذي يحوى خلايا قادرة على التمييز إلى أشكال خلوية متخصصة أو ما يسمى اصطلاحاً (بالخلايا الأم) وزرعه في نخاع أندري بعد تفرغته . بعد العملية التي تمت في شهر جانفي 2009 ، صرح فريق أطباء أمراض الدم في مستشفى بيرحين ديل روثيقو الجامعي بإشبيليا (Hopital Virgen del Rocío de Séville) ، بأن أندري قد شفي من مرضه (1).

بعد هذا التمهيد ، المتضمن لإشكالية الممارسات الطبية الحديثة على جسم الإنسان قبل الولادة ، التي ظهرت باكتشاف وتطبيق عمليات التلقيح الاصطناعي لعلاج العقم ، وما نتج عنها من أعمال طبية وبيولوجية على اللقائح التي تعد لاستعمالها في هذه العمليات ، نرى بأنه من الضروري التعريف بهذه المستحدثة الطبية وتطبيقاتها المختلفة وما تثيره من مشكلات كثيرة ، إذ أن علم أخلاقيات العلوم الإحيائية ما زال في طور التكوين ، مما انعكس على تكوين نظام قانوني واضح المعالم خاص بالممارسات التي تشمل هذه المشتقات والمنتجات البشرية ، خاصة منها اللقائح الأدمية .

إذاً، فتطور التقنية الحديثة في مجال الإنجاب الاصطناعي، وبفضل الطفرة الكبيرة التي عرفت خلال السبعينات ، التي أثمرت في تقوية قدرة الإنسان على التحكم في عملية الإخصاب والإنجاب الاصطناعي ، وعرف ما يسمى بأطفال الأنابيب ، حيث أصبح من الممكن إنجاب أطفال تحت الطلب ، وكذلك التحديد الإرادي لجنسهم ، ولم يعد من الضروري أن تكون المرأة التي تحبل بالطفل هي أمه الحقيقية ، وتعددت الأطراف التي يدين لها الطفل بحياته ، كما أنه مع تطور علم البيولوجيا الجزيئية (*Biologie moléculaire*) الذي مكن من الاحتفاظ بالحيوانات المنوية والبويضات المخصبة لفترة طويلة عن طريق التجميد وتخزينها من أجل استعمالها في المستقبل وحتى بعد موت أصحابها وغير ذلك ، من الممارسات الطبية والبيولوجية التي أنجزت والتي ما زالت في طور الإنجاز في مخابر البحث.

بعد هذا التمهيد ، سنتعرض فيما يلي إلى تقنية التلقيح الاصطناعي ، بذكر نبذة تاريخية عن نشأته وموقف كل من المؤيدين والمعارضين لهذه التقنية الحديثة للإنجاب، ثم نتعرض في الأخير إلى موقف التشريعات الوضعية من التلقيح الاصطناعي .

أولاً : تعريف التلقيح الاصطناعي وأشكاله:

التلقيح الاصطناعي L'insémination artificielle: هو إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود أي من غير الاتصال الجنسي⁽¹⁾. ويعرف أيضا بأنه " كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة⁽²⁾ ". ويتم بكيفيتين، تلقيح داخلي وتلقيح خارجي. فالتلقيح الاصطناعي الداخلي يعتبر أقدم طريق للإنجاب الاصطناعي ويتم بأخذ السائل المنوي من الرجل ويحقن في رحم امرأة . ولكون هذه الطريقة لم تجد نفعاً، لعلاج حالات كثيرة من العقم، كما سيأتي توضيحه فيما بعد، فقد ابتكرت طريقة أخرى يطلق عليها التلقيح الاصطناعي الخارجي FIV (Fécondation in vitro) أو بالانجليزية In Vitro Fertilization.

ثانياً : نبذة تاريخية عن التلقيح الاصطناعي :

عرف الإنسان منذ القدم طريقة التلقيح الاصطناعي، وقد استعملها في الحيوان والنبات، وكان ذلك من أجل تحسين النوع فيهما⁽³⁾. كما عرفه العرب في القرن الرابع عشر الميلادي، حيث كانت بعض القبائل العربية تلحق خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل⁽⁴⁾.

والعلماء المسلمون الأوائل طرحوا هذه المسألة، وتحدث ابن خلدون في مقدمته قائلاً: " واعتماداً على ما ذكره ابن سينا والفارابي، أنه يمكن تخليق إنسان من المنى في بيئته الطبيعية"⁽⁵⁾ ويقصد بالبيئة الطبيعية الرحم. ثم يقول " وإذا سلمنا له بالإحاطة بأجزائه ونسبته وأطواره وكيفية تخليقه في رحمه وعلم ذلك

- 1 - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة ، الطبعة الأولى، دار البيارق ، بيروت ، 1996 ، ص 53 .
- 2 - عبد الرحمن البسام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الأول، جدة، 1986، ص 251.
- 3 - محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، الطبعة الثامنة، دار الشروق، القاهرة، 1975، ص 326
- 4 - زياد أحمد سلامة، نفسه ، ص 45
- 5- عبد الرحمن بن خلدون ، المقدمة ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، 1983 ، ص 513.

علما محصلا بتفاصيله حتى لا يشذ منه شيء عن علمه سلمنا له تخليق هذا الإنسان " فابن خلدون يسلم بإمكانية التخليق غير أنه يستبعد ذلك في عصره حيث يقول " وأنى له ذلك " إلى أن قال " لقصور العلوم البشرية " حيث لم يتوصل العلم في عصره إلى التحكم في تقنيات ما يعرف حاليا بالتلقيح الاصطناعي.

أما في أوروبا فقد كانت البداية في التلقيح الاصطناعي حوالي سنة 1880 حيث قام به الكاهن الإيطالي لازارد سبالانزا الذي أجراه على كلب. وقد كانت البحوث المبكرة في هذا المجال تقوم على أساس نقل الحيوانات المنوية إلى الأنثى بطريق غير الطريق التقليدي، وقد نجحت معظم التجارب على مختلف الحيوانات⁽¹⁾.

وفي سنة 1959 قام ماك شنج Mc Chang، الذي كان يعمل في بوسطن (الولايات المتحدة الأمريكية) ، بإجراء عملية التلقيح بطريقة (FIV) على الفئران حيث سجلت ولادة أول فأر⁽²⁾.

أما التجارب على البشر، فقد بدأت سنة 1958 على يد الدكتور دانييل بتروشي الإيطالي والذي بدأها بإيجاد علاج لانسداد المسالك المبيضية عند المرأة، وفي 1961 بدأ بتطبيق أبحاثه في عيادة خاصة ببولونيا إلى أن منعه إحدى الراهبات، ومع ذلك استمر في أبحاثه سرىا إلى أن توصل سنة 1966 إلى إجراء عملية تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص هو بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن⁽³⁾.

ثم بعد ذلك، نجح البريطانيان الدكتوران ستبتو و ادواردز في تلقيح ببيضة السيدة " ليزلى براون " بمني زوجها "جون براون " في 10 نوفمبر 1977 بطريقة FIV، حيث تم الحمل وولادة أول طفلة أنبوب في 25 جويلية 1987⁽⁴⁾، وقد

1 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ، ص 55 و 56

2 - ضياء الدين الجماس، أطفال الأنابيب ، الواقع والمحدور، مقال، مجلة الفيصل، مارس 1987، ص 103

3 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ، ص 60

4 - محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذره، المجلة العربية، جدة، 1986، ص 54.

أطلق على المولود إسم Louis Brown، وأصبحت هذه الطريقة تعرف فيما بعد بـ: "طفل الأنابيب"⁽¹⁾ Bébé éprouvette . وقد تم اللجوء إلى هذه الطريقة بعدما عانت السيدة ليزلي براون من انسداد كامل في قناتي فالوب ، مما منع من اتصال البويضة بالحيوان المنوي بأي صورة .

وبعد عدة تجارب انتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول وفي مستشفيات العالم بما في ذلك مستشفيات الكثير من الدول الإسلامية⁽²⁾، حيث افتتحت فيها مراكز كثيرة متخصصة في عمليات التلقيح الاصطناعي مما يتطلب معه معرفة الحكم الشرعي والقانوني لهذه المسألة لاسيما ما يتعلق بنسب مولود التلقيح الاصطناعي بمختلف الأنواع والأساليب المستعملة في هذا المجال كما سيأتي تفصيل ذلك لاحقاً.

ثالثاً : التلقيح الاصطناعي بين المؤيدين والمعارضين:

أشير في البداية إلى أن هذه المسألة، سبق للفقهاء الأقدمين أن ناقشوها في الكتب الفقهية في مواضيع مختلفة تبحث في العدة والنسب التي تركزت على حالة استدخال الزوجة مني زوجها أو مني غيره إلى رحمها فحصل حمل من جراء هذه العملية ومن ذلك، على سبيل المثال، ما ذكره زياد سلامة الذي قال: أنه ورد في شرح المنهاج لابن حجر الشافعي وحواشيه في مسألة العدة "... وإنما تجب عدة النكاح بعد وطء.. أو استدخال منيه -أي مني الزوج - المحترم وقت إنزاله واستدخاله ومن ثم لحق النسب ..."⁽³⁾ . فالإستدخال يكون بإدخال مني الزوج إلى فرج المرأة بغير الجماع وهو يوجب العدة ويثبت النسب على قول اغلب فقهاء المذاهب⁽⁴⁾.

1 - الطفل لا يبقى في أنبوب الاختبار مدة تكوينه، كما توحى التسمية، ولكن لمدة وجيزة تكفي طبيياً لأجراء عملية التلقيح
2- ومنها مستشفى الدكتور سليمان فقيه بجدة، بالسعودية، وعيادة الدكتور الكيلاني بعمان الأردن، وفي الجزائر أيضاً وغيرها.
3- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ، ص 69
4- حاشية ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ،دار الكتب العلمية ، بيروت ،(بدون سنة) ،الجزء الثالث ،ص 36 .

ونقل عن صاحب مجمع الأنهر، وهو من الحنفية، ناقلا عن المحيط قوله " عن الإمام أبي حنيفة: إذا عالج الرجل حليلته فيما دون الفرج، فأخذت ماءه في شيء فاستدخلته فرجها... فعلقت وولدت، فالولد ولده " والمقصود هنا استدخال المنى بدون وطء وهو يشبه ما يعرف الآن بالتلقيح الاصطناعي، وقد أعطوه حكم الوطء (1).

فالمسألة إذاً ليست غريبة عن الفقه الإسلامي ولا عن الفقهاء الأقدمين من حيث أن الفكرة العامة هي أن الحمل لا يتم بالطريقة الطبيعية المعهودة، إلا أن الاختلاف ينحصر في الوسائل الطبية والتقنيات الحديثة المتطورة التي يعرفها العصر الحديث بالتلقيح الاصطناعي .

وهكذا، فقد أصبح هذا الأمر واقعا ملموسا، ولم يصبح الاتصال الجنسي الوسيلة الوحيدة للإنجاب، وإنما هناك وسيلة اصطناعية والتي أصبح بفضلها الوضع والحمل يتم بين الرجل والمرأة بدون الاتصال الجنسي المباشر، وبهذا فقد انهار الأساس الذي أقيمت عليه قواعد النسب، مما جعل الفقهاء المعاصرون يصدرن فتاوى فقهية لتبيان حكم الشريعة الإسلامية في مثل هذه العمليات، لاسيما وأن الأمر في بعض الدول الغربية، تحول من مجرد تلبية رغبة الزوجين في الحصول على الولد إلى مخابر تمارس فيها كل أشكال التلقيح الاصطناعي على البشر، تشبه إلى حد ما التجارب على الحيوانات، بدون مراعاة أبسط القواعد التي تحكم البشر وعلاقاتهم الفطرية التي تنشأ أساساً عن الزواج وما يترتب عليه من آثار معينة خاصة منها علاقة النسب بين الولد وأبيه وأمه.

وذهب البعض إلى القول ، بأن الطب لعب دوران متناقضان ، في البداية يبدو سلبي لمن يرفض الإنجاب أو لا يرغب فيه، فقدم له وسائل عديدة لمنع وتنظيم الإنجاب، ثم قام حديثاً بدور إيجابي بالنسبة لمن يريد ويرغب في الإنجاب، وقدم له وسائل عديدة لتحقيق رغبته آخرها كانت باكتشاف وسيلة

1 - جاء هذا في دراسة ل: هاشم جميل عبد الله، مجلة الرسالة الإسلامية، العددان 227-228، العراق، 1989، ص 92. وقد ذكر في المقال نفسه أمثلة كثيرة ومنها ما ذكره الباجي، وهو من المالكية، " من أنكر ولده بالعزل لحق به، وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه إلى الفرج .

التلقيح الاصطناعي. والطب لم يعد فقط كما هو الحال دائماً، علاج حالات مرضية، وإنما أصبح أيضاً يستجيب لرغبات معينة. وهكذا دخلت البشرية عصر طب " الرغبة" بعد أن كان دوره فقط علاجياً. ومن هنا تأتي ضرورة تدخل القانون لرسم حدود الدائرة التي لا يجوز لرجل الطب، وكذلك المريض، أن يتجاوزها، فليس ما هو ممكن طبيياً، جائزاً شرعاً وقانوناً⁽¹⁾.

وعليه، فقد أصبح تدخل التشريعات الوضعية والفقهاء في الدول العربية والإسلامية، أمر حتمي لوضع الحدود اللازم احترامها عند استعمال هذه الوسيلة في الإنجاب، وتحديد ما يسمح به الشرع والقانون وما لا يسمح به، وهذا من أجل حماية كيان الأسرة والمجتمع من أي انحراف يهددهما، وأيضاً من أجل وضع الأسس السليمة التي يجب أن تستقى منها أحكام قوانين الأسرة مستقبلاً، لاسيما وأن هذه الوسيلة أصبحت تمارس في بلداننا وقد فتحت بها عيادات لإجراء هذه العمليات. وقد جاء منظماً لعمليات التلقيح الاصطناعي

وحسناً فعل المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة، بموجب القانون رقم 05-09، وأن كان بشكل مقتضب، حيث حدد الضوابط الأساسية لعمليات التلقيح الاصطناعي⁽²⁾، وهذا على خلاف ما فعله المشرع التونسي الذي أصدر سنة 2001 قانوناً خاصاً بالتلقيح الاصطناعي تحت عنوان " الطب الإنجابي"، وجاءت أحكامه منظمة لعمليات التلقيح الاصطناعي سواء من حيث حدود جوازه، وشروط عمل المؤسسات المرخص لها بإجراء هذه العمليات، وكذا طرق مراقبتها ومعاينة المخالفات والعقوبات المقررة لذلك⁽³⁾.

1- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، الكويت، 1992، ص 11 و 12.

2- القانون رقم 05-09 مؤرخ في 4 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة. حيث أضيفت المادة 45 مكرر تخص التلقيح الاصطناعي وشروطه.

3- صدر بموجب القانون عدد 93 لسنة 2001، مؤرخ في 7 أوت 2001، والمتعلق بالطب الإنجابي. وقد نص في الفصل الأول على أنه " يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان، وصون حرمة الجسدية.

أما مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه العملية جاءت متباينة بين معارض مطلقاً ومؤيد بشروط .

- فالمؤيدون لعملية التلقيح الاصطناعي اشترطوا أن تتم هذه العملية عند الضرورة في الإطار الذي رسمه الشرع والحدود التي يقتضيها حفظ الأنساب، وهذا بالتأكد من أن المنى هو منى الزوج ولم يختلط أو يستبدل سواء عن طريق العمد أو الخطأ أو السهو بمنى غيره، وأن تتخذ جميع الاحتياطات لمنع وقوع أي خطأ منعاً باتاً، وبهذا جاءت الفتوى المصرية⁽¹⁾ وغيرها من فتاوى المجامع الفقهية الإسلامية التي سنتعرض لها لاحقاً.

-وأما المعارضون لمثل هذه العمليات مطلقاً، فقد أعملوا القاعدة الأصولية المعروفة بسد الذرائع، وتخوفهم من هذه العمليات يتمثل في كونها قد تتخذ كوسيلة وتستغل للتوصل إلى الحرام، مستندين إلى احتمال استغلال هذه الوسيلة للقيام بأعمال محرمة، يترتب عنها ولادة أطفال غير شرعيين، كما انه قد يجعل نسب الطفل تابعا لقول الطبيب الذي سيقدر أنه أجرى التلقيح بين بذرتي الزوجين، وقد يكون الفعل غير ذلك، كأن يستعمل بويضة امرأة أخرى أو حيواناً منوياً لرجل آخر غير الزوج إلى غير ذلك من احتمالات الشكوك ، وبالتالي فان مظنة الوقوع في مثل هذا يستوجب منعه إعمالاً لقاعدة سد الذرائع .

واستدل آخرون بآيات قرآنية منها قوله تعالى ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لَأَنفُسِكُمْ وَانقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁾. فوجه الدلالة عندهم أن الآية تبين أن الإنجاب يكون بين الزوج والزوجة في المعاشرة الزوجية لا بواسطة طرف ثالث وهو الطبيب الذي يأخذ المنى ويضعه في رحم المرأة وهذا انتهاك لحرمة الإنسان ولحرمة العلاقة الزوجية التي يجب أن تكون في إطار سري كامل؛ إذ لا يجوز للرجل أن يتكلم أو المرأة أن تتكلم وتتحدث بما يحصل بينهما فكيف والأمر انكشف لدى شخص

1 - الفتاوى المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الصادرة في 6 جمادى الأولى 1400 هـ الموافق 23

مارس 1980 ، ص 3212

²- البقرة ، الآية 223

ثالث (1). وقد رد على هذا الإستدلال بأن الجماع بين الزوجين يختلف عن التلقيح الاصطناعي فهذا الأسلوب كأي عملية جراحية تحتاج إلى طبيب يقوم بعمله ضمن الإطار الشرعي (2).

ومن العلماء (3)، من كانوا يوافقون في بداية الأمر على التلقيح الاصطناعي، بالصورة التي ذكرتها آنفاً، إلا أنهم بعد ذلك تراجعوا عن ذلك، وأصبحوا يعارضونها، استناداً إلى قاعدة سد الذرائع، ومنهم الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رئيس مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وأيضاً الشيخ أبو بكر أبو زيد، وذلك في الدورة الثامنة للمجمع 1405 هـ (1985 م)، وغيرهما من العلماء.

وسنكتفي هنا بما جاء في الرد على من قالوا بحرمة وسيلة التلقيح الاصطناعي في الإنجاب، بكل أشكاله، مستندين على القاعدة الأصولية "سد الذرائع"، لأن أوجه الاعتراض كثيرة، وقد رُد عليها، وقد أشرنا إلى البعض منها.

يرى أصحاب الرد بأن استعمال قاعدة "سد الذرائع" قد تتخذ مشجباً سهلاً لإصدار التحريم في الكثير من الوقائع والأفعال، وقالوا بأن هذه القاعدة لا يعمل بها في هذا المجال معتمدين على مدى اعتماد الفقهاء على هذه القاعدة في آرائهم وفتاواهم في المسائل المختلفة. وقد خصص زياد أحمد سلامة في كتابه "أطفال الأنابيب بين الشريعة والعلم" (4) ملحقا خاصا بموضوع سد الذرائع يبين فيه عدم وجاهة وسوء استعمال العلماء، المعارضين للتلقيح الاصطناعي، لهذه القاعدة في تحريمهم له كلية وفي جميع صورته وأشكاله.

1- رجب التميمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، 1986 الجزء الأول، ص 358، 359.
 2- محمد عبده عمر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 367.
 3- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 71.
 4- زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 246 إلى 254.

فبعد تعرُّضِهِ للتعريف بسد الذرائع، ذكر أقسام الذرائع عند الفقهاء وموقف المعتمدين والمعارضين لها ثم أوضح رأيه في أوجه انطباقها على مسألة التلقيح الاصطناعي، وسأعرض باختصار إلى أهم ما جاء في ذلك.

(1) تعريف سد الذرائع:

لغة: الذرائع: جمع ذريعة، والذريعة: الوسيلة، وقد تذرع فلان بذريعة أي توسل، والذريعة سبب للشيء وأصله.

واصطلاحاً: هي ما تكون وسيلة وطريقاً إلى الشيء الممنوع شرعاً، وهذا هو الغالب المشهور في استعمالها (1).

والأصل في سد الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكم ما يؤول إليه سواء قصدت أم لم تقصد هذه النتيجة التي ترتبت عن الفعل (2).

(2) أما عن أقسامها فقد قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام (3) وهي:

(أ) - الوسائل التي تفضي إلى المفسدة على وجه القطع أو الظن القريب منه، وهذا القسم أجمع الفقهاء على سدّه.

(ب) - الوسائل التي تفضي إلى مفسدة نادراً وهذا متفق على عدم سدّه.

(ت) - الوسائل التي تتردد بين أن تكون ذريعة إلى مفسدة وبين أن لا تكون، وهذا القسم موضوع خلاف بين العلماء.

(3) وفيما يخص موقف الفقهاء في اعتبارها دليلاً من الأدلة الشرعية

المعتمدة من عدمه، فقد ذكر موقف كل منهما كما يلي :

● فحجة القائلين بان سد الذرائع قاعدة شرعية وأصلاً من أصول التشريع، فقد

ذكر ما أورده أنشطبي في هذا المجال بأن: " الشرعية مبنية على الاحتياط،

والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة " .

1 - محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 312.

2 - زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 245 .

3 - ذكرها المؤلف نقلاً عن القرافي في كتابه " أسباب اختلاف الفقهاء " .

• أما حجة القائلين بأن سد الذرائع ليست قاعدة شرعية وأصلاً من أصول التشريع فقد قالوا: يتم التحريم والتحليل بالأدلة القطعية دون الأدلة الظنية، لذا فإن ما لا يثبت تحريمه على وجه واضح لا يصح لمقت أن يفتي بحرمة بدعوى ظن أدائه للحرام .

(4) ثم بعد ذلك ذكر المؤلف موقفه من قاعدة سد الذرائع بخصوص موضوع التلقيح الاصطناعي و مما جاء فيه أن " قاعدة سد الذرائع غير معتبرة أصولياً بكلياتها، ولا يؤخذ بها كيفما اتفق، ولا يجوز استخدامها في أمر ظني ولا لأمر فيه تغليب للعقل على النص ويعمل بها فقط إذا كانت متحققة فعلاً. من هنا فإن قول من قال بأن قاعدة سد الذرائع في حالة التلقيح الاصطناعي تقول بحرمة هذه العملية لأن تطبيق حالة التلقيح هذه يؤدي إلى حرام، إذ قد يستخدمه البعض للحصول على نتائج محرمة، هو قول فاسد تصوري غير صحيح، وذلك بعدما تبين ضعف القاعدة هذه ولكن إذا أدت العملية إلى حرام قطعاً كأن استخدمت في حالة محرمة فتكون في هذه الحالة محرمة للأدلة السالفة⁽¹⁾ لا لتطبيق قاعدة سد الذرائع "

مناقشة هذه الآراء :

بعد استعراض رأي الطرفين، فإننا نرى أن المعارضين للتلقيح الاصطناعي، محقون في رأيهم إلى حد كبير، بالنظر إلى ما أصبح ينطوي عليه التلقيح الاصطناعي من مخاطر من الناحية الصحية بالنسبة للأم والجنين، ومحارم من الناحية الشرعية. حقيقة، إن إجراء مثل هذه العمليات في مأمّن عن أي خطأ مقصود أو غير مقصود، أمر شبه مستحيل، إلا إذا كان القائمون بهذه العمليات، من أطباء وغيرهم، يتحلون بالورع والصدق، وهو أمر باطني لا يطلع عليه إلا الله، لأنه لا يمكن مراقبة من يجري عملية التلقيح، وهو في مخبره

1 - ويقصد الحالات التي أشار إليها في كتابه، أطفال الأنابيب بين الشريعة والقانون، عن بعض صور التلقيح الصناعي المتفق على حرمتها، كما سألنا ذلك فيما بعد.

يحضر اللقيحة التي يزرعها بعد ذلك في رحم الزوجة، إن لم يكن رقيبته ضميره المهني وقبل ذلك الخوف من الله.

ومن ناحية أخرى، إذا كان البحث عن البديل للوسائل التي كانت تعرف فيما مضى لمعالجة الرجال والنساء من العقم، والتي كانت غالباً ما تعرض حياة المعالج إلى الخطر عند تناوله لعقاقير علاج العقم، فإن مخاطر هذه العملية على كل من الأم والجنين أكبر بكثير. فقد توصل الباحثون في هذا الميدان، بعد فحوصهم ومتابعاتهم للمولودين إلى آثار صحية ونفسية على هؤلاء المواليد بالتلقيح الاصطناعي، وأيضاً على الأم الحامل بهذه الطريقة، و يتوقعون عواقب وآثاراً وخيمة وأكثر خطورة على مستقبل هؤلاء المواليد، ومن ذلك ما قاله ميد مارتن غايشلن *Dr.méd Martin Reichlin* (1) وهو يتحدث عن آثار التلقيح الاصطناعي على كل من المولود والأم: "... من المهم إضافة عنصر آخر مهم، والذي لم تُشر إليه الإحصائيات بخصوص المولودين بالتلقيح الاصطناعي FIV، وهي الآثار البيولوجية التي يتعرض لها المولود حياً، ففي سنة 1988، في مجلة *Contraception fertilité et sexualité*، أجرى *J.de Mouzon*، مقارنة بين هذه الآثار عند المولودين طبيعياً، والمولودين بالتلقيح الاصطناعي وتوصل إلى النتائج التالية:

(أ) الولادة بالعمليات القيصرية تحدث بشكل كبير في التلقيح الاصطناعي بالمقارنة مع الولادة الطبيعية.

(ب) الولادة المبكرة تحدث ثلاث مرات في التلقيح الاصطناعي بالقياس على الولادة بالاتصال الجنسي الطبيعي. وحسب الأستاذ Relier من باريس: منذ 1986 فإنه من بين المولودين مبكراً بالتلقيح الاصطناعي، يموت 12% منهم عند الولادة أو بعدها بقليل، وتلثهم يولدون بوزن ضعيف بحيث 10% منهم يزنون أقل من 1500 غ، ونتيجة لهذا فهم يعانون من ضعف صحي ويعانون بشكل خاص من

1 - Dr.méd Martin Reichlin , Fécondation in vitro: oui ou non , PPD -nouvelles et actualité.site :<http://WWW.ppd-fmf.ch/fnouveses.htm>

أمراض عصبية، وتعييدات تنفسية، وأوجاع معدية خطيرة، وبالنسبة للذين لم يبلغ وزنهم عند الولادة 1000غ، فإنه في أغلب الحالات، يعانون من عاهات مستديمة طول حياتهم .

(ج) بالتلقيح الاصطناعي، فإن حمل التوائم يحدث بشكل كبير، فولادة التوأم تحدث 10 مرات أكثر من حالات الولادة الطبيعية، و100 مرة أكثر تحمل المرأة بثلاث، و300 إلى 500 مرة أكثر تحمل بأربعة، والرحم لا يتسع في العادة ولا يوفر الغذاء إلا لجنين أو اثنين على الأكثر. وهذه الولادات المضاعفة غالباً ما تحدث مبكرة. وبناء على هذه المعطيات يصف *Professeur Helmut Hömchen* من عيادة الأطفال باكس لاشابل، الولادة بالتلقيح الاصطناعي، بأنها لعنة الطب الحديث.

وأختم بما أورده *Dr.méd Martin Reichlin* في مقاله المشار إليه آنفاً، من أن *Professeur Jacques Testart* من باريس، والذي يقول عنه: بأنه ملحدٌ، فقد أعلن هذا الأخير صراحةً، بمناسبة أول طفل أنبوب في فرنسا، بأنه لن يقدم مساعدته لأي تلقيح اصطناعي، لأنه مقتنع بأن هذا العمل يعتبر تحدياً لحدود مقدسة⁽¹⁾ . وبناءً على ما سبق، وبالنظر إلى المعطيات العلمية التي أوردتها بخصوص التلقيح الاصطناعي ومخاطره، يمكن القول بأن العلماء المسلمين المعارضين لهذه العملية، وغيرهم من العلماء المختصين في ميادين البحوث الطبية والبيولوجية، مُحقون في الموقف الذي اتخذوه من التلقيح الاصطناعي، ولا يمكن الإدعاء بأنه معارضة منهم للعلم أو التطور العلمي، وإنما دافعهم الخوف والقلق الناتج عن عدم قدرة أصحاب هذه الإنجازات والمشاريع على الالتزام بالأخلاقيات والنواميس التي تحافظ على النسل والنفس التي هي من الأصول الخمسة التي يقوم عليها ديننا الحنيف.

ومما يؤكد أن عملية التلقيح الاصطناعي، ليس كما يزعم رواده، أنه من أجل تحقيق رفاهية الأسرة في الحصول على الولد، فقد أصبح يستهدف تحقيق

1 - Dr.méd Martin Reichlin , Op.Cit. p 11.

أغراض أخرى، وتحولت هذه المؤسسات المتخصصة في التلقيح الاصطناعي إلى مصانع تدر أرباحاً طائلة من حيث إن - كما يقول المختصون -: ولادة ثلاثة أطفال بطريق التلقيح الاصطناعي، يقتضى إجراء آلاف التجارب ، وهذا أمر غير مبالغ فيه إذا علمنا أن البويضات الملقحة أو الأجنة، كائنات في منتهى الحساسية، لا يمكنها تحمّل التعديت الميكانيكية و الكيميائية، والهرمونية، وغيرها من المستلزمات التقنية لإجراء هذه العمليات ، وهذا يفسر العدد الهائل لعمليات التلقيح الاصطناعي الفاشلة (1). ويستخلص من ذلك أن هذا العدد الهائل من التجارب يتم بمقابل، وحسب ما ورد في تقرير امسطاد *Rapport Amstad* من سويسرا إن ولادة طفل واحد يكلف ما بين 30.000 و 60.000 فرنك سويسري وهذا بدون مصاريف البحث. كما أصبحت البويضات والحيوانات المنوية محل بيع وشراء من قبل المؤسسات المتخصصة، ففي أمريكا تتقاضى النساء اللاتي يرغبن في تعقيمن ما بين 900 و1200 دولار عن البويضات التي تمنحها، ويجرى تعقيمن مجاناً. وفي سويسرا دافع مستشفى كونتونال عن فكرة وجوب تقاضى مانح الحيوان المنوي 1000 فرنك سويسري (2).

وأختم بما قاله بعضهم (3)، عند تعرضه إلى محاذير التلقيح الاصطناعي، " ... عند قيام تجارة النطف فإن عامل الربح والحصول على المال قد يدفع من لا أخلاق له لأن يزعم للرجل العقيم أن لديه قليل من الحيوانات المنوية، وأنه سيجمعها له ويحقنها في رحم زوجته، فيأتي بمني رجل آخر سليم ويحقنه في رحم زوجته فتحمل ويسر الزوج ويدفعون المبالغ الطائلة وهم مسرورون (4)".

نشير في الأخير أن وسيلة الإنجاب هذه نجمت عنها مفاسد كثيرة منها انتشار بنوك النطف والأجنة وتأجير الأرحام وهذا يلحق أشد المفاسد بالوجود

1 - Dr.méd Martin Reichlin , Op.Cit. p.3

2- Dr.méd Martin Reichlin , IBID , p .3 et 8

3 - محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذيره، المجلة العربية، جدة، 1987، ص 55

4- أشير إلى أن المشرع الفرنسي نص في قانون الصحة العمومية على أنه يمنع دفع أي مقابل أيا كان شكله لصالح المتنازل عن الأجنة. Article 152-5 de la Loi n° 94-654 , du 29 juillet 1994

Portant code de la santé publique

الإنساني ، وهو لا يقل فحشاً عن الزنا ، والسعي لتحديد جنس الجنين ، واستغلال الأجنة الزائدة في استعمالات وممارسات غير أخلاقيات لدرجة أن بعض الدول أصدرت تشريعات تبيح استيراد اللقائح الأدمية كما تستورد البضائع والسلع⁽¹⁾.

رابعاً : موقف التشريعات الوضعية من التلقيح الاصطناعي

التشريع يعكس أوضاع الزمان والمكان الذي تنشأ منه القاعدة القانونية ، وبعبارة أخرى نقول بأن القاعدة القانونية وليدة الحقائق التاريخية و الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية والدينية ... وغيرها ، لدى كما يقال : فالقانون وليد البيئة. ومن هنا فالتشريعات الخاصة بالتلقيح الإصطناعي جاءت متباينة تبعاً لإيديولوجية كل مجتمع ، فالبعض منها بادرت إلى إصدار تشريعات خاصة بالتلقيح الإصطناعي ، واكتفت بعض الدول بما تمخض عن اجتهادات الفقهاء وأحكام القضاء في ضوء القواعد العامة الثابتة في تشريعاتها .

ومن الدول التي أصدرت تنظيمات كاملاً لعمليات الإنجاب بواسطة تقنية التلقيح الإصطناعي قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة البريطاني سنة 1990 ، والقانون الصادر بولاية فيكتوريا بأستراليا سنة 1984 ، والقانون الفرنسي المتضمن قانون الصحة العامة سنة 1994 واكتفت دول أخرى بتنظيم المسألة ضمن قوانين آداب مهنة الطب مثل أغلب الولايات في كندا والبرازيل والتونسي وغيرهما.

وتشير الدراسة المقارنة للتأطير القانوني الدولي التي أجرتها الوكالة البيوطبية الفرنسية سنة 2008⁽²⁾، أنه ابتداءً من سنة 2004 أصدرت دول كثيرة تشريعات تخص التلقيح الإصطناعي وقواعد إجراءاته وشروط ذلك ومن هذه الدول في أوربا : النمسا ، بليجيكا ، اليونان ، إيطاليا ، المجر ، النرويج ، إسبانيا ،

¹ - من ذلك القانون الفرنسي رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتعلق بأخلاقيات العلوم الذي نص في المادة 6-L2151 على إمكانيات استيراد الأجنة البشرية من أجل إجراء البحوث عليها (انظر الباب الثاني من القسم الأول)

² - Etude comparative de l'encadrement juridique international, Agence de la biomédecine, octobre 2008, Paris, p.11 et 12

السويد ، سويسرا والبرتغال .أما في باقي العالم نجد : أستراليا (بعد أن كانت ولاية واحدة كما أشرنا) ، كندا ، جنوب أفريقيا، روسيا، تركيا، تيلاندا، الفيتنام ، سنغفورا، كوريا و زيلاندا الجديدة.

وجاء في الدراسة أن دول أوروبا الجنوبية وأمريكا اللاتينية تتبنى قوانين أكثر صرامة ، فمثلاً في إيطاليا ، التي تأخرت في إصدار تشريعها حتى سنة 2004 ، فقد كان أكثر القوانين صرامة وتشدداً مقارنة مع قوانين باقي دول أوروبا .وفي محاولة منها للتخفيف من شدة القانون الصادر سنة 2004، أجرت سنة 2006 استفتاءً غير أن المشاركة في الاستفتاء كانت ضعيفة جداً.أما دول أوروبا الشمالية تفضل لجان الأخلاقيات الإحيائية بدلاً من التشريعات المنظمة بشكل صارم لمثل هذه العمليات .أما في الدول العربية ، التي لم تشر إليها الدراسة، فقد أصدر المشرع التونسي قانوناً متعلق بالطب الإنجابي سنة 2001 كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

بعد هذه المقدمة التمهيديّة عن عمليات الإنجاب التي تعتمد أسلوب التلقيح الاصطناعي ، نتعرض فيما يلي ، إلى الطريقتين المعروفتين بالتلقيح الاصطناعي الداخلي ،و التلقيح الاصطناعي الخارجي (أو ما يعرف بأطفال الأنابيب) ، وما أثارته - بشكل خاص الطريقة الثانية- من مشاكل أخلاقية وقانونية وشرعية ، إضافة إلى ما ترتب عنها من مشاكل تتعلق بالخلايا التناسلية وما تتعرض له من أشكال مختلفة من الممارسات الطبية واستخدامات في مجالات الصناعات الدوائية ، ومستحضرات التجميل أو الأبحاث البيوطبية وغيرها ، وهذا في باين نخصص الأول للتلقيح الإصطناعي الداخلي ، والثاني للتلقيح الإصطناعي الخارجي أو ما يعرف بأبناء الأنابيب .

الباب الأول التلقيح الاصطناعي الداخلي

يقصد بالتلقيح الاصطناعي الداخلي (Auto insémination) أن تتم عملية الإخصاب داخل رحم المرأة، و ذلك بإجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة نفسها التي ترغب في الحمل، سواء كان التلقيح بنطفة الزوج أو بنطفة رجل آخر، فالتقاء النطفة الذكرية بالبويضة المؤنثة يتم داخل رحم المرأة. ولنجاح هذه العملية يقتضي الأمر، بطبيعة الحال، أن يكون رحم المرأة التي ترغب في التلقيح صالحا لإجراء عملية التلقيح وبإمكانه الاحتفاظ بالبويضة الملقحة بعد إجراء العملية. وتعتبر هذه الطريقة أقدم طرق الإنجاب الاصطناعي ظهوراً، وقد ساهمت في علاج بعض حالات العقم غير أنها عجزت عن علاج حالات أخرى، خاصة لدى النساء اللاتي يعانين من عيوب وتشوهات في أعضائهن التناسلية، مما دفع بأهل الاختصاص إلى البحث عن وسيلة أخرى وهي طريقة التلقيح الاصطناعي الخارجي⁽¹⁾.

فبهذه الكيفية يمكن أن يتم تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي لزوجها، وقد تكون بمنى رجل أجنبي، حيث يلجأ غالباً إلى هذه الطريقة في حالة عقم الرجال بسبب قلة عدد الحيوانات المنوية فيه، أو وجود تشوهات وغير ذلك من أسباب العقم عند الرجل. فما هي مشروعية كل منهما؟ وما هو نطاق مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة الضوابط القانونية والفنية التي تقتضيها أصول المهنة في هذا الميدان؟. هذا ما سنحاول التعرض إليه في الفصلين التاليين.

الفصل الأول

الإخصاب بماء الزوج أو بماء أجنبي

ويقصد بالإخصاب بماء الزوج أن تكوين الولد يتم نتيجة لإدخال منى الزوج إلى رحم الزوجة باستعمال وسائل طبية، أي أن تكوين الولد من نطفة

1 - سيأتي التعرض لها في الباب الثاني من هذا البحث

الزوج وبويضة الزوجة، غير أن هذه العملية قد تحدث سواء أثناء حياة الزوج كما أنها قد تحدث بعد وفاته إذ يمكن الآن الاحتفاظ بالبويضة الملقحة مدة زمنية معينة عن طريق تجميدها في أجهزة مخصصة لذلك ، ثم يعاد زرع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم المرأة ، كما أنه يمكن أن تلقح الزوجة بمني رجل أجنبي عنها ، حيث يلجأ إلى هذه الطريقة في حالة عقم الرجال بسبب قلة عدد الحيوانات المنوية فيه، أو وجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدراتها على اختراق البويضة، أو لكونها غير مخصبة إلى غير ذلك من أسباب العقم .

وتفصيلاً لهذا سوف نتناول دراسة هذا الفصل في ثلاث مباحث : الأول الإخصاب بماء الرجل داخل رحم الزوجة أثناء حياته وفي ظل زوجية قائمة ، والثاني نتعرض إلى عملية الإخصاب بماء الزوج بعد وفاته ، وفي الثالث إلى مسألة مشارك طرف ثالث في العملية .

المبحث الأول

الإخصاب بماء الزوج أثناء حياته

ويتم بإدخال ماء الزوج إلى رحم الزوجة بوسائل طبية ويترتب على هذه العملية حدوث حمل ثم الولادة وذلك أثناء حياة الزوج وفي ظل زوجية قائمة. وفي هذا يقول الإمام محمود شلتوت : " إنه إذا كان التلقيح بماء الرجل لزوجته كان تصرفاً واقعاً في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملاً مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلاً للحصول على ولد شرعي، يذكر به والده، وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما" ⁽¹⁾. ما يشترط في هذه الحالة أن يتأكد من أن المني هو من الزوج ولم يختلط ولم يستبدل سواء بطريق العمد أم الخطأ أم السهو بمني غيره.

1 - محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 328 و329.

كما أن دار الإفتاء العام في الأردن أجازت هذه العملية للضرورة بشروط ووفق قواعد تضمن سلامة الأنساب، واشترطت وجود رقابة شديدة على من يقوم بالعملية وأن تتم على أيدي أطباء ثقة وعدول، فإذا ما أجريت هذه العملية وفقاً لهذه الشروط والضوابط فإنها لا تنتافي مع مقاصد الشريعة وهي من الأمور المباحة على هذا الوجه⁽¹⁾.

وأجاز عملية التلقيح بهذا الأسلوب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد في مكة سنة 1984، حيث جاء في قراره " ... إن الأسلوب الأول - الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته في طريقة التلقيح الداخلي - هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الأنفة الذكر وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل "⁽²⁾. يذكر أن هذه الفتوى صدرت بأغلبية أعضاء المجلس، وخالفهم الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز رئيس المجمع، وأبدى معارضته للتلقيح الاصطناعي في كل صورته، بعد أن كان يوافق على الصورة الأولى التي ذكرناها.

والمقصود بالشروط العامة، التي حددها مجمع الفقه الإسلامي، لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي هي كالتالي :

1. أن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مباحاً لهذا الانكشاف.
2. إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً، يعتبر ذلك فرضاً مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة .

1 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 79 (يذكر أن هذه الفتوى صدرت عن دار الإفتاء العام في عمان بعنوان حكم التلقيح الصناعي بتاريخ 1404/10/25 هـ)
 2 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 1986، ص 266 .

3. كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحا لغرض مشروع يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب. ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

كما أن ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، التي عقدت في الكويت (1)، تبنت رأي الجواز في هذا النوع من التلقيح، أي التلقيح بين بويضة الزوجة والحيوان المنوي لزوجها. وبهذا أيضا صدرت الفتوى المصرية، وقد جاء فيها " تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره من إنسان أو مطلق حيوان جائز شرعا... " (2).

وإن كان البعض يرى أن القانون لا يولى اعتباراً لوسيلة التلقيح، أي أن يكون الإنجاب بناء على اتصال جنسي بين الزوجين أو بطريقة التلقيح الاصطناعي، على الشكل السالف الإشارة إليه (3)، فإننا نرى عكس ذلك لأن المشرع عند وضعه النصوص القانونية المتضمنة لأحكام النسب فإن قصده كان الإنجاب نتيجة للعلاقة الجنسية التي تتم في إطار عقد زواج شرعي، باعتبارها الوسيلة الوحيدة المتصورة لديه عند إصدار التشريع، ومن ثم فقد رتب عليها جميع الأحكام المتعلقة بالنسب، سواء بالنسبة لثبوت الأبوة أو لثبوت الأمومة. وعليه، فإن النصوص القانونية في مجال إثبات النسب للدول الإسلامية لا توحى بغير هذا القصد، ومن ذلك المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص صراحة على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال...، فعبرة إمكانية الاتصال الواردة في المادة لا توحى، حسب رأينا، إلا بمدلول واحد هو الاتصال الجنسي المعهود بين الزوجين ليس إلا. أما إذا رخص التشريع

1 - الإنجاب في ضوء الإسلام، ندوة، عقدت في عمان، 1983، سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي، التوصيات، ص 350.

2 - الفتاوى المصرية، المرجع السابق، ص 3213.

3 - محمد مرسى زهرة، المرجع السابق، ص 333.

بإجراء مثل هذه العمليات، أي التلقيح الاصطناعي، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري في تعديل 2005، كما أسلفنا، فإن عبارة الاتصال تشمل أيضاً التلقيح الاصطناعي وتأخذ نفس الحكم للاتصال الطبيعي.

نسب الولد في هذه الحالة:

فصورة التلقيح التي نحن بصددنا ليست محل خلاف فيما يخص نسب المولود إلى أبيه، ما دام أن الولد تكوّن من نطفة الزوج وبويضة الزوجة ولو أن ذلك تم بتدخل طبي لسبب وجود عيب أو مرض يحول دون تكوين الجنين عن طريق الإتصال الطبيعي بين الزوجين، بشرط أن يتم أثناء قيام الحياة الزوجية، أما بعد انتهاء علاقة الزواج بالوفاة فهي محل خلاف نعالجه في البحث الموالي .

المبحث الثاني

الإخصاب بماء الزوج بعد وفاته

قد يحدث الإخصاب بالحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته « P'insémination post mortem » وصورة ذلك أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الرجل، قبل وفاته ويحتفظ بها في مصرف المني Banque de spermes، فيما يعرف بعملية تجميد اللقائح⁽¹⁾، ثم بعد وفاته تسترجع الزوجة المني وتجرى التلقيح ويتم الحمل. فما مدى شرعية الإنجاب بهذا الأسلوب، وإن تمت فهل ينسب المولود إلى المتوفى؟

لقد كانت هذه المسألة محل جدل بين الفقهاء بخصوص جوازها أو تحريمها، وذهب أغلبهم إلى تحريم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أي بعد انتهاء الحياة الزوجية، التي تنتهي -عندهم- منذ لحظة الوفاة، وإن التلقيح في هذه الحالة إذا تم فإنه يتم بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي مما يستوجب تحريمها، وبالتالي لا ينسب هذا المولود إلى صاحب النطفة، وتعد في حكم الزنا. ومما جاء في بحث لمصطفى الزرقاء: " إن هذه

1 - وتتم بأن تجرى عملية التلقيح في أنبوب اختبار، ثم يحتفظ بها، أي بالبويضة الملقحة، عن طريق تجميدها في جو مناسب لذلك، لمدة قد تبلغ شهوراً أو سنوات، وخلال هذه الفترة فإن البويضة لا تنمو نهائياً .

الصورة محتملة الوقوع ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعاً لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير زوج، فهي نطفة محرمة " (1).

غير أن بعض الفقهاء قالوا بجواز ذلك بحجة أن مسألة انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة أمر خلافي بين الفقهاء والمرجح أنها لا تنتهي بالوفاة إلا بعد انقضاء عدة الوفاة، ويستند هؤلاء في رأيهم إلى ما ذكره الفقهاء من جواز تغسيل أحد الزوجين للآخر بعد الوفاة ومنهم الإمام مالك (2). وبناءً على ذلك استنبط هؤلاء حكماً مقتضاه أنه لو انتهت الرابطة الزوجية بالوفاة لما جاز لأحدهما لمس الآخر بعد الوفاة، والمجمع عليه أنه يجوز أن يغسل أحدهما الآخر بعد الوفاة .

بيد أن القائلين بجواز التلقيح بنطفة الزوج بعد الوفاة يفرقون بين حالتين: الأولى: أن تتم عملية التلقيح أثناء عدة الوفاة. والثانية: أن تتم بعد انقضاء عدة الوفاة ولكل منهما حكم سواء فيما يخص الحكم الشرعي في المسألة أو فيما يتعلق بنسب المولود في هذه الصورة.

الحالة الأولى: إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة:

أي أن تجرى عملية التلقيح خلال مدة العدة الشرعية، أربعة أشهر وعشرة أيام، وذلك بأن تستدخل المرأة مني زوجها المتوفى عنها، بشرط أن تكون متأكدة أنه مني زوجها ولم يستبدل أو يختلط بغيره. وفي هذا السياق ذهب البعض بالقول إلى أنه: " وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا: الولد ولده، وأن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً، ويستهدى في ذلك بما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، وكانت معتدة أو

1 - زياد احمد سلامة، المرجع السابق، ص 81 (وقد أورد المؤلف ما قاله الشيخ مصطفى الزرقاء في بحثه، التلقيح الصناعي، ص 30 و31).

2 - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك، الجزء الأول، (د.ط.)، ص 223 ؛ وانظر أيضا احمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، ص 260 ؛ وأيضا ابن جزى، القوانين الفقهية، طبع في لبنان ، بدون سنة ، ص 82.

جاءت به لأقل من ستة أشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة - عند الفقهاء ورجلان أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة - فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة " (1). ولدراً تهمة الزنا عن المرأة الحامل في غياب زوجها، يرى البعض أنه يشترط لإجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج أن تُشهد المرأة على أنها قد أخذت مني زوجها من مصرف المنى، كما تشترط الشهادة عند إيداع مني الزوج (2).

وبناء على ما سبق فإن نسب المولود بهذه الكيفية يثبت من والده، بالشروط المذكورة، ولم يخالف هذا الرأي إلا من يعترض على هذه العملية جملة وتفصيلاً.

الحالة الثانية: إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة وبعد انتهاء العدة.

لم يختلف الفقهاء بخصوص هذا النوع من التلقيح فقد اجمعوا على تحريمه (3)، ذلك لأنه بعد انتهاء العدة تنتهي الحياة الزوجية وتصبح في حكم الأجنبية عنه، حيث انه يمكنها أن تتزوج من أي إنسان. وبالتالي فإن الولد يلحق بأمه، ولا يمكن إلحاق نسبه بالأب المتوفى لانعدام العلاقة الزوجية بينه وبين أمه كما ذكرنا.

مناقشتنا لهذه الآراء:

بعد استعراض رأي المؤيدين والمعارضين لمسألة التلقيح بعد الوفاة، فإننا نرى بأن الأساس الذي اعتمد عليه المؤيدون لعملية التلقيح بعد وفاة الزوج وأثناء العدة، والمتمثل في أن جواز لمس أحد الزوجين للآخر بعد الوفاة يكفي كدليل على جواز أن تلقح زوجة المتوفى بمنى زوجها، أمر يدعو إلى الغرابة من جهة، ومن جهة أخرى يتعارض مع الأصول الثابتة التي يحدد على أساسها نسب الولد من أبيه، ولتوضيح ذلك نقول :

1 - عبد العزيز الخياط، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها

2 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 82

3 - زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 83

(1) إن ما هو مقرر شرعاً وقانوناً أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو بالوفاة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة". ومقتضى هذا أن الزوج بمجرد وفاته يصبح في حكم الأجنبي بالنسبة لزوجته لانحلال الرابطة التي كانت تجمع بينهما. فبعد وفاة الزوج تنتهي العلاقة الزوجية فلا يجوز إكمال عملية التلقيح ، لأن إتمام العملية تعد كالتلقيح من غير الزوج ، ولا يسوغ القول بجواز ذلك تأسيساً على أن الفراش قائم بقيام العدة ، إذ العدة وإن كانت حكماً تعديلاً إلا أنها وجبت لاستبراء الرحم بالتحقق من خلوه مما هو متوهم من إمكانية شغله ، فلا يصح أن يعمد فيها إلى شغله بالفعل وقد وجبت للإستبراء من ذلك⁽¹⁾.

(2) كيف لنا أن نقيس جواز لمس المرأة لزوجها بعد الوفاة من أجل تغسيله، وهو أمر محل خلاف فقهي ولا يعتبر ذا أهمية تذكر، مع مسألة التلقيح بعد الوفاة وما يترتب على ذلك من إلحاق النسب بالمتوفى وهو أمر في غاية الأهمية والخطورة .

(3) ثم أن القول بجواز التلقيح بعد الوفاة يتعارض صراحة مع قاعدة أساسية في أحكام النسب وهي أن النسب لا يثبت للمتوفى إلا إذا ولد في مدة أقصاها عشرة (10) أشهر حسب التشريع الجزائري، بعد وفاة الزوج، فلو أن زوجة المتوفى سمح لها بالتلقيح أثناء العدة فإنه لا محالة سيأتي الولد بعد المدة القصوى للحمل، فكيف لنا إذن أن نوفق بين هذا التعارض، فمن جهة نرفض تثبيت نسب الولد من أبيه إذا ولد بعد المدة القصوى، من تاريخ الوفاة، ومن جهة أخرى نقول بتثبيت نسب الولد من الأب المتوفى إذا ولد بعد المدة القصوى في حالة التلقيح الإصطناعي أثناء عدة الوفاة⁽²⁾.

¹- محمود عبد الرحيم مهران ، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، 2002 ، ص 505 .

²- أحمد عمراني ، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة : مخاطره ومحاذره ، بحث مقدم في ملتقى الحماية القانونية للأسرة، جامعة تلمسان ، 28 و29 أبريل 2002.

4) إن مسألة التلقيح بمني الزوج بعد الوفاة، تتعارض مع أحكام الميراث فيما يخص ميراث الحمل، فالسماح بهذا التلقيح سيفتح، لا محالة، الباب أمام المحتالين والمزورين، للدعاء بإلحاق الأولاد بأزواجهن بعد وفاتهم، بدعوى أنهم لقحوا بمني أزواجهم بعد وفاتهم، بغرض الحصول على الميراث. ثم أن المادة 174 من قانون الأسرة التي نصت على مسألة النزاع بين الورثة والزوجة حول الحمل الذي تدعيه بعد وفاة زوجها، قضت بعرض الأمر على أهل المعرفة للفصل فيه وتحديد نسب المولود، ومهما تكن النتيجة فإن المشرع فرض وجوب التقيد بالمادة 43 من قانون الأسرة التي نصت على ثبوت نسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

وبناء على الحجج والأسانيد المشار إليها، نخلص إلى القول بأن الإفتاء بعدم جواز هذا النوع من التلقيح، أي التلقيح بمني الزوج بعد وفاته، يتفق بل تستلزمه مقتضيات المبادئ الثابتة التي بنيت عليها قواعد ثبوت النسب شرعا وقانونا، على الوجه السابق توضيحه.

موقف القانون المقارن و القضاء من هذه العملية :

لقد كانت، هذه المسألة، محل جدل كبير في كثير من الدول، بين الأطباء ورجال الكنيسة ورجال القانون وغيرهم، والكل يحذر من هذه الممارسات وما ينجر عنها من مخاطر كبيرة على حياة الفرد والجماعة، لاسيما وقد أصبح من الممكن الاحتفاظ بالأجنة في المراكز المعدة لها لعشرات السنين . وفي هذا يرى الدكتور دافد وتنجهام⁽¹⁾، أنه يمكن الاحتفاظ بالبويضة تحت درجة 196 درجة تحت الصفر وعند اللزوم تعاد للدرجة الطبيعية وتلقح، وتزرع في رحم الأم، فهل يعقل بعد وفاة الأبوين أو أحدهما، منذ سنوات أن يرزقا بطفل .

فمسألة التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة تطرح إشكاليتين أساسيتين : الأولى تخص مصلحة الطفل الذي سيولد من دون أب، وعبر بعضهم عن ذلك بأن التلقيح بعد الوفاة هو لتلبية رغبة أنانية ، وتفكير وإصرار مسبق على إنجاب

1 - ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 474 .

يتيم ،ومن ثم فبالموت أو الطلاق يجب أن ينته كل حق في الإنجاب (1) . والثانية ذات طابع قانوني وهي مسألة الميراث . ومع ذلك تباينت التشريعات بين مانع ومجيز لها . ومن الدول التي منعت مطلقاً في تشريعاتها : الدنمارك ، ألمانيا ، إيطاليا ، النرويج سويسرا ، بلغاريا ، هونكونج ، سنغفورا ، اليابان . أما التشريعات التي رخصت بإجرائه : النمسا ، بلجيكا ، اليونان ، هولندا ، إسبانيا ، بريطانيا ، الهند ، واستراليا . ومن ضمن الشروط التي وضعتها التشريعات المرخصة لمثل هذه العمليات ، أن يبدي الزوجين الموافقة المكتوبة أثناء الحياة وهذا في تشريعات كل من استرايا وبريطانيا . أما الشرط الآخر هو وجوب أن تتم العملية في ظرف زمني محدود بعد وفاة الزوج ،مثل ما جاء في القانون الإسباني بأنه يجب أن تتم العملية خلال ستة أشهر بعد وفاة الزوج (2) .

أما في الجزائر فقد حسم المشرع الجزائري الأمر ، بالنظر إلى الاعتبارات التي أوردها ، حيث نص صراحة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه يشترط أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما .

أما موقف القضاء في فرنسا بخصوص مسألة التلقيح بعد الوفاة ، فقد كان محل انتقادات شديدة في قضية باربالاكس *Parpalaix* والتي حكمت فيها محكمة كريتيبي بتاريخ 1 اوت 1984 (3) لصالح زوجة متوفى ضد مركز الدراسة وحفظ الحيوانات المنوية CECOS (4) ، حيث ألزم هذا الأخير بموجب حكم بأن يسلم لها الحيوانات المنوية لزوجها المودعة بالمركز لتلقيح بها (5) . وقد

1 -Jean -Louis Baudouin et Catherine Labrusse -Riou., Produire l'homme de quel droit, Imprimerie des Presses Universitaires, France , 1987,p.35.

2 - Etude comparative de l'encadrement juridique international ,op.cit.p14

3 -Tribunal de Grand instance de Créteil ,1^{er} août 1984 ,Gaz,Pal.,JCP,II,20321,note Corone.

4- Centre d'étude et de conservation des ovules et sperme(CECOS).

5 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها (وملخصها: كانت سيدة تدعى كورين باربالاكس، وهي كاتبة في مكتب الشرطة في ساميليا حيث ذهبت إلى بنك الحيوانات المنوية لتطالب بمني زوجها المخزن به، بغرض أن تلقح نفسها به وتحمل منه ولد (توماس) وتعلمه العزف على البيانو كما أراد له أبوه ذلك، قبل وفاته بالسرطان، فرفض البنك هذا الطلب بحجة أن الأب لم يترك أي تعليمات بهذا الشأن، فرفعت دعوى ضده أمام المحكمة، التي رفضت في بداية الأمر بحجة مدة الحمل، كما أشرت أعلاه، وبعد الحاح محاميها حكمت لصالحها المحكمة، فأخذت مني زوجها ولحقت به وحملت.

أثارت هذه القضية جدلاً كبيراً في الأوساط القضائية الفرنسية . نشير أن القضاء رفض طلب المدعية في بداية الأمر، وحجته في ذلك أن القانون الحالي⁽¹⁾ يحدد مدة الحمل بـ300 يوم من وفاة الزوج (المادة 315 من القانون المدني)، إلا أن المحكمة بعد ذلك تراجعت وقضت لصالحها .

وقد تعرض القضاء الفرنسي للنقد بخصوص هذا الحكم المتضمن إلزام المركز بتسليم الحيوانات المنوية لأرملة المتوفى من أجل إجراء التلقيح ، وتتخلص هذه الانتقادات فيما يلي⁽²⁾ :

أ) أن في الأمر تضحية بمصلحة الطفل الذي سيولد يتيماً .

ب) أن مثل هذا الحكم يؤدي إلى الفصل بين الزواج والإنجاب وفي ذلك مخالفة للشرائع والقوانين .

ت) أن السماح للأرملة بالتلقيح بنطفة زوجها المتوفى يؤدي إلى أن يتحول التلقيح الإصطناعي من وسيلة لعلاج العقم إلى مجرد وسيلة لإشباع رغبة في الحصول على الولد .

وفي سنة 1985 وقعت في استراليا قضية أخرى تشبهها، حيث حكمت المحكمة العليا في استراليا في نوفمبر 1984 التي وافقت بموجبه على تلقيح رحمين مستعارين، بأجنة مجمدة لزوجين أمريكيين ثريين توفيا في حادث طائرة، و كانا قد احتفظا بمجموعة من اللقائح (الأجنة) Embryons مجمدة أخذت منهما قبل وفاتهما ؛ وقتها أفاضت أجهزة الإعلام في نشر تفاصيلها وتسائل الجميع هل يعقل أن يأتي وليد بعد وفاة أمه وأبيه بسنين ؟⁽³⁾.

ومثل هذه القضايا كثيرة، وقد تخرج القضاء الفرنسي لإصدار أحكام قضائية فيها نظراً لغياب النصوص التشريعية، التي لم تكن قد صدرت إذ ذاك، وبالتالي فقد كان يتعامل معها بناء على القواعد العامة المستمدة من النصوص

1 - وقد كان ذلك قبل صدور قانون 1994 الذي سنشير إليه لاحقاً .

2- محمد عبد الوهاب الخولي ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 42 وما بعدها .

3 - محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الإصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة، مطابع دار العلم، جدة، 1986، ص 104 و105

القانونية السارية المفعول، ومحاولة تطبيقها على القضايا المعروضة عليه، كما فعلت محكمة كريتي وتولوز، إلى أن صدر القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتضمن تعديلاً لقانون الصحة العامة⁽¹⁾، الذي حاول أن يضع بعض الضوابط التي تحكم مسألة التلقيح الاصطناعي بمختلف أشكاله. وقد جاء فيه بخصوص مسألة التلقيح بمني الزوج بعد وفاته مايلي :

- فيما يخص الشروط الواجب توافرها للقيام بالتلقيح الاصطناعي بين الزوجين، فقد اشترطت المادة 2/152 منه على وجوب أن يكون الزوجان على قيد الحياة، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد منع إجراء التلقيح بعد وفاة الزوج .
- غير أنه استثناءً أجاز استعمال اللقيحة المجمدة بعد الوفاة بشكل آخر، أي ليس من قبل زوجة المتوفى، ولكن لزوجين آخرين وهذا بعد أن يوافق الزوج الباقي على قيد الحياة وبناءً على قرار قضائي (المادة 4/152 و 5/152).

فبهذا النص منع المشرع الفرنسي التلقيح بعد وفاة الزوج، وأجاز فقط منح اللقيحة المجمدة لزوج آخر بشروط حددتها المادة 5/152 وهي أن يتأكد القاضي قبل الترخيص بذلك من أن الزوجين اللذين تمنحان لهما هذه اللقيحة، تتوفر فيهما الشروط الضرورية والكفيلة باحتضان المولود في وسط عائلي وتربوي ونفسي لائق.

وعملاً بمقتضى قانون الصحة العامة 1994، قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1996 بإتلاف اللقيحة المودعة ورفضت طلب تسليمها للزوجة بعد وفاة الزوج عملاً بأحكام قانون الصحة العمومية الذي نص على التلقيح الاصطناعي يجب أن يتم أثناء حياة الزوجين⁽²⁾.

نشير في آخر هذا المبحث إلى أن المشرع الإنجليزي، الذي سمح بالتلقيح بعد الوفاة كما أشرنا، نص في المادة 285 من قانون الخصوبة البشرية وعلم

1- Code de la santé publique Français, Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.

2 -Recueil sélectif jurisprudence en matière de bioéthique et de droit médical, Strasbourg, 1998, p23(Cour de cassation 1ère Civ, 9 janvier 1996).

الأجنة الصادر سنة 1990، بأن الحمل الذي يتم بالتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لا يُلحق المولود بأبيه⁽¹⁾.

المبحث الثالث

الإخصاب بماء غير الزوج

يقصد به أن تلقح الزوجة بحيوانات منوية من متبرع ليس بينه وبينها رابطة زواج، أي من رجل أجنبي عنها. ويلجأ غالباً إلى هذه الطريقة في حالة عقم الرجال بسبب قلة عدد الحيوانات المنوية فيه، أو وجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدراتها على اختراق البويضة، أو لكونها غير مخصبة إلى غير ذلك من أسباب العقم .

مثل هذه العمليات مسموح بها أغلب الدول الغربية، غير أنه في بعض الدول مثل : ألمانيا ، والنمسا ، وسويسرا ، والنرويج وكرواتيا ، يُسمح فقط بمنح المني ،دون البويضات واللقاح المخصبة . ففي هذه التشريعات فإن البويضات الملقحة اصطناعياً لا يمكن غرسها إلا في رحم صاحبة البويضة، والقصد من هذا أن يكون للطفل أم واحدة تساهم ببويضتها في حمل الطفل⁽²⁾ .

أما موقف المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة ، الصادر بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، كان صريحاً بخصوص ، هذا النوع من التلقيح الاصطناعي ، حيث نصت المادة 45 مكرر ، بعد أن أقرت جواز لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي ، فقد أوردت ضمن شروط إجراء هذه العملية أن يكون التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما .

أما في باقي الدول الإسلامية فالعملية غير جائزة شرعاً وقانوناً ، ونظراً لاشتباه هذه الحالة مع أخرى، سنوردها في الباب الثاني من هذا القسم ، وهي حالة التلقيح الاصطناعي الخارجي (في أنبوب)، بين بويضة الزوجة والحيوان المنوي من غير الزوج (أي رجل أجنبي عنها)، حيث سنتعرض بالتفصيل إلى

1 - نصر الدين ماروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 1999، ص 195.

2 - Etude comparative de l'encadrement juridique international ,op.cit.p14.

رأيهم في المسألة لتشابههما من حيث أطراف العلاقة وهما الزوجة والحيوان المنوي لرجل أجنبي، ويكمن الاختلاف بينهما فقط في أنه في هذه يتم بطريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي (أي التلقيح في رحم المرأة مباشرة) وفي الأخرى يتم بطريقة التلقيح الاصطناعي الخارجي .

الفصل الثاني

مسئولية الطبيب في حالة مخالفة الضوابط القانونية والفنية

في الإنجاب الإصطناعي الداخلي

ما هو معلوم ، فإنه في أي تدخل طبي ، يشترط توافر الرضا المسبق للخاضع للعلاج ، كما يجب على الطبيب المعالج اتباع الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء من أهل الاختصاص ، وفي هذا الإطار سنتعرض لمسئولية الطبيب عندما تتخلف الشروط الواجبة شرعاً وقانوناً في عمليات التلقيح الإصطناعي ، مما قد يترتب عنه مساءلة أطراف هذه العملية بما في ذلك الطبيب عن الجرائم التي تترتب عن ذلك ، وهذا في مبحثين ، الأول : عن تخلف شرط الرضا والثاني عن عدم احترام القواعد الفنية.

المبحث الأول

تخلف شرط الرضا

يعد رضا الزوجين شرط أساسي لمشروعية عملية التلقيح الاصطناعي ، وبالتالي إذا لم يتوافر الرضا السليم فما أثر ذلك على مشروعية هذه العملية ، سواء كانت عملية التلقيح في إطار العلاقة بين الزوجين أو خارجها ، أي عن طريق تدخل الغير، والتساؤل الذي يثار هنا هو بخصوص التكييف القانوني للجريمة التي تكونها واقعة التلقيح الاصطناعي بهذه الكيفية .

يفتضى الأمر بداية، التعرض لمسألة تخلف الرضا عندما تتم عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين ثم عندما تتم هذه العملية بتدخل الغير، بدون علم الزوجين ، لنقف على تحديد مسؤولية كل الأطراف بما في ذلك الطبيب المعالج .

أولاً : تخلف الرضا عند إجراء عملية التلقيح بين الزوجين :

يعد رضا الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي شرطاً أساسياً، ذلك لأن الولد سيحمل اسم أبويه، ومن ثم فإن رضاها الصريح أو الضمني، قبل إجراء عملية التلقيح يعد ضرورياً، فالأبوة والأمومة هي مسألة اختيارية وليس إجبارية على الإطلاق⁽¹⁾. كما أن مصلحة الولد تقتضى الرضا المسبق ، فلو أن العملية تمت من غير رضا الزوج مثلاً ، فإن الولد يأتي غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب ، وما يترتب على ذلك من آثار سيئة على الولد وأمه⁽²⁾.

وبالنظر لهذه الاعتبارات، فإن قانون الأسرة الجزائري أكد على شرط رضا الزوجين بقوله في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، حيث نصت: يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية: "... أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما ". من هنا يقتضى المقام الوقوف على الآثار القانونية لتخلف الرضا بالنسبة لكلا الزوجين أو لأحدهما .وهو ما أكد عليه القانون التونسي في الفصل الرابع بقوله " لا يمكن تلقيح اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط وأن يكونا في سن الإنجاب".

أ) حالة تخلف رضا الزوجة:

الفرض هنا، أن الطبيب يجرى عملية التلقيح للزوجة بدون رضاها، بناءً على طلب الزوج، إي بعد اتفاق بين الطبيب والزوج الذي يرغب في الحصول على الولد. فما هو التكييف القانوني لهذه الفعل ؟ هل هو اغتصاب ، أم هناك عرض ؟.

1- أحمد شرف الدين ، حكم الإستتجاب في الشريعة والقانون ، نشرة الطب الإسلامي ، العدد الرابع ، أعمال المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الإسلامي ، جزء 5 ، دور الطبيب المسلم ومسئوليته ، 1986 ، ص 397.
2- محمد السامي الزهرة ، المرجع السابق، ص 39 .

الواقع أن وصف الاغتصاب لا ينطبق على هذا الفعل لعدم توفر أركانه وهما: الاتصال الجنسي بامرأة، وان يكون ذلك بدون رضاها⁽¹⁾، ذلك لأن التلقيح الاصطناعي يقتصر فقط على حقن السائل المنوي في رحم الزوجة. لذا يرى البعض، وهو الأقرب إلى الصواب، بأن الفعل يعد هناك عرض⁽²⁾، ذلك لأن جريمة هناك العرض تختلف عن جريمة الاغتصاب من حيث الأركان التي أشرنا إليها آنفاً، لأنه يكفي فقط كشف الجاني عن عورة المجني عليها أو ملامستها وهو أمر متحقق في حالة إجراء الطبيب التلقيح الاصطناعي على المرأة المتزوجة بدون رضاها وموافقتها⁽³⁾. وعليه، فالطبيب يتابع بتهمة هناك العرض، أما الزوج فيعد شريكاً لكون أن دوره اقتصر على مجرد الاتفاق مع الطبيب على القيام بهذا الفعل⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه، بالرغم من انطباق وصف هناك العرض على الفعل الذي يقوم به الطبيب، فإن البعض يرى بأنه من الضروري تجريم الفعل بنص خاص بالتلقيح الاصطناعي عندما يتم بدون موافقة الزوجة⁽⁵⁾. ويجد هذا الرأي مبرره أن الركن المعنوي قد لا يتحقق في قصد الطبيب من مناظرة والكشف على عورة المرأة، بخلاف هناك العرض المنصوص عليه في التشريعات الجزائية.

ب) حالة عدم موافقة الزوج

الفرض هنا يكون باتفاق بين الطبيب والزوجة بدون علم الزوج، بحيث تقع الزوجة زوجها على التوجه لمخبر مختص في تحليل الخلايا التناسلية

1- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص 75 و 76.
2- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 142
3- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، 1997، ص 65.
4- المستشار حافظ السلمي، طفل الأنابيب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الجمعية المصرية للطب والقانون، بحث مقدم في ندوة طفل الأنابيب بالإسكندرية، مصر سنة 1985، ص 123
5- انظر رسالة دكتوراه، عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، سنة 2002، ص 542. وقد أشار فيها إلى رأي علي حسين نجيدة الوارد في كتابه " صور التقدم العلمي وانعكاساتها القانونية " ص 8.

لإجراء تحليل ، ليس بغرض التلقيح ولكن لغرض العلاج ، وبعد أخذ الحيوانات المنوية منه يحتجز البعض منها لتلقيح بها الزوجة اصطناعياً ، في هذه الحالة ، لا يمكن للزوج ، شرعاً وقانوناً ، أن ينكر نسب المولود ، طالما أن شروط النسب بالفراش قد توافرت (1). غير أن البعض يرى بأن عدم مشروعية هذا الإجراء تكمن في أنه تم بناءً على غش وخداع من الزوجة مما قد يبطل الطلاق (2).

ثانياً : تخلف الرضا عند إجراء عملية التلقيح بين غير الزوجين :

يقصد بهذا عندما تلقح الزوجة بحيوانات منوي من متبرع ليس بينه وبينها رابطة زواج، أي من رجل أجنبي عنها. وقد تتم العملية بأحد شكلين : إما بأن تحصل الزوجة على نطفة رجل آخر وتجرى عملية التلقيح وتخفي ذلك عن زوجها ، أو قد يحصل أن تلقح الزوجة ، عن طريق الغش والخداع من قبل الطبيب ، أو من قبل الزوج الذي يحصل على سائل منوي من رجل أجنبي ويقدمه لتلقيح زوجته موهماً إياها بأنه سائله ، وقد يكون بإكراهها على التلقيح بنطفة الغير. في هذه الحالات يثار التساؤل عن نوع الجرائم التي تكون قد وقعت جراء هذه العمليات المختلفة للتلقيح الاصطناعي، سواء كان بعدم رضا وموافقة الزوج أو الزوجة:

(أ) عدم رضا وموافقة الزوج :

رغبة منها في الحصول على طفل، قد تتفق الزوجة مع الطبيب على أن يجرى لها تلقيحاً اصطناعياً بنطفة من غير زوجها وبغير علم وموافقة منه. والسؤال الذي يطرح، في هذه الحالة، هل تتهم الزوج بارتكابها جريمة زنا ؟ قبل محاولتنا تحديد التكييف القانوني للتلقيح الاصطناعي بهذه الكيفية، لابد من

1- كما أن مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي ، قد اعتبر أن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين الزوج والزوجة جائز شرعاً (انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة ، المنعقدة بمكة المكرمة 1404 هـ 1984 م)

2- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 59.

الإشارة إلى أنه من الناحية الشرعية تعد الزوجة آثمة لأن الشريعة الغراء تحرم على المرأة أن تتسبب إلى زوجها من ليس منه (1) .

أما من حيث وصف الفعل ، فمما لاشك فيه أن تلقيح امرأة بنطفة رجل أجنبي عنها لا تربطهما علاقة زواج، سواء كان صحيحاً أم فاسداً أم وطئاً بشبهة، وإن كان ليس زناً بالمعنى المحدد شرعاً وقانوناً ، إلا أنه يلتقي معه في إطار واحد من حيث الجوهر والنتيجة، ويرى فيه البعض التعزير شرعاً(2). ويرى البعض الآخر أنه يأخذ حكم الزنا من حيث أنه لا يثبت به نسب المولود من نطفة المتبرع إليه(3). ويرى البعض الآخر، بأنه وإن كان جوهر الزنا شرعاً وقانوناً هو حدوث الوطء بالطريق الطبيعي ، فإن التلقيح الاصطناعي بنطفة رجل غير زوجها لا يعتبر مكوناً لجريمة الزنا بالشروط والأوصاف المحددة في الشريعة والقانون (4). وجاء في الفتوى المصرية " تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لان الزوج ليس فيه مني أو كان به ولكنه غير صالح، محرم شرعاً، لما يترتب عليه اختلاط الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وأكثر من ذلك ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، ويطلق عليه البعض الزنا البيولوجي، والزنا محرم بنصوص القرآن والسنة "(5).

كما أنه لا يمكن اعتبار الفعل اغتصاباً ، لأن جريمة الاغتصاب تقتضى موقعة أنثى بدون رضاها ، بالإضافة إلى الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التذكير التناسلي في المكان المعد له في جسم الأنثى(6) . وبالتالي فإنه في حالتنا

1- أخرج الدارمي من طريق أبي هريرة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين أنزلت آية الملاعة : «أيما امرأة أدخلت على قوم نسباً ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها الله جنته» .

2- عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، عمان 1985 ، ص 30 .

3- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 343 .

4- وقد جاء في الفتوى رقم 1225 لدار الإفتاء المصرية لسنة 1980 ، والتي سبقت الإشارة إليها ، بأن الطبيب الذي يساعد بعلمه وعمله على إجراء هذا النوع من التلقيح يكون آثماً وكسبه حرام .

5- الفتاوى المصرية، المرجع السابق، ص 3220.

6- محمود محمد مصطفى، شرع قانون العقوبات القسم الخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1984 ، ص 302 .

هذه لا تتوفر انعدام الرضا ولا الوطاء الطبيعي، لأن التلقيح يتم بدون وطء وبرضا الزوجة، مما لا يمكن معه وصف الفعل بالاغتصاب. كما لا يمكن إطلاق وصف هنك عرض على هذا الفعل، لأنه من أركان جريمة هنك العرض أن يقع الفعل بالقوة أو بالتهديد، والتلقيح هنا يقع برضا الزوجة.

ب) عدم رضا وموافقة الزوجة :

قد يتفق الزوج مع الطبيب، على أن يلحق زوجته بمني رجل أجنبي، موهما إياها بأنه منيه، أو قد يجبرها ويكرهاها على إجراء عملية التلقيح بنطفة الغير. فما هو التكييف القانوني للفعل ؟ في هذه يمكن القول بمساءلة الطبيب الذي أجرى العملية للزوجة بدون رضاها بتهمة هنك العرض بالقوة أو التهديد، ويتابع الزوج باعتباره شريكاً في الجريمة.

ما نلاحظه بخصوص التكييف القانوني لمثل هذه الأفعال ، أي عمليات التلقيح الاصطناعي بمختلف الأشكال التي أشرنا إليها في هذا الفصل ، هو عجز وقصور القواعد الأصولية والمبادئ العامة التقليدية المستقر عليها في القانونين المدني والجزائي ، عن استيعاب هذا النوع من أنماط السلوك الطبي والعلمي الحديث مما يستوجب وضع نصوص قانونية تلائم طبيعة هذا النوع من الأفعال ، التي لم تكن في الحسبان لكونها حديثة ووليدة التطورات العلمية الحديثة ، على غرار ما أصبح يعرف بجرائم المعلوماتية ، التي شرعت الدول في وضع نصوص جزائية تلائم طبيعتها .

من هنا، نرى ضرورة أن يدرج المشرع الجزائري، نصوص عقابية تجرم بنص خاص مثل هذه الأفعال لخروجها عن مقتضى الأخلاق والشرع والقانون، سواء بوضع عقوبات للفاعل وهو الطبيب، ولكل من يشارك فيها سواء كان الزوج أو الزوجة كما أسلفنا. ومن المفيد الإشارة إلى أن بعض التشريعات العربية ومنها التشريع الليبي ، والتشريع التونسي الذين واجها مثل هذه الحالات بالنص على عقوبات تشمل كل أطراف عملية التلقيح الاصطناعي التي تتنافى مع القيم

والأخلاق ومبادئ شريعتنا الغراء، سواء كان ذلك بالنسبة للزوج أو الزوجة أم الطبيب.

بالنسبة للتشريع الليبي ، فقد جرم الصور المختلفة للتلقيح الاصطناعي، التي تتعارض مع القيم والشرع، محددًا أوصاف كل فعل يتم في إطار عمليات التلقيح الاصطناعي ، والعقوبات المقررة لكل فعل. ومن ذلك، فالذي يجرى عمليات التلقيح الاصطناعي بدون رضا الزوجة وباستعمال القوة أو الخداع يتعرض لعقوبة السجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات. وشدت العقوبة في حالة ما إذا كان القائم بالعملية طبيبياً، فنص على رفع العقوبة بمقدار النصف، ويفهم من ذلك بأن العقوبة في هذه الحالة الأخيرة قد تصل إلى خمسة عشرة سنة. أما بالنسبة للزوجة التي تلجأ إلى إجراء عملية التلقيح الاصطناعي من غير نطفة زوجها ، فقد حدد لها عقوبة السجن التي لا تزيد على خمسة سنوات ، وترفع العقوبة بمقدار النصف إذا كان القائم بإجراء التلقيح طبيبياً أو صيدلياً أو قابلة⁽¹⁾ أما قانون الإنجاب الطبي التونسي فقد نص على عقوبة السجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها عشر آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل من يقوم بعملية التلقيح في غياب الحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبموافقتهم الكتابية.

المبحث الثاني

عدم احترام الطبيب لأصول العلمية المتعارف عليها

بعد أن تعرضنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى رضا الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي كشرط أساسي لمشروعية العمل الطبي ، فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى حالة وقوع خطأ مهني من قبل الطبيب المكلف بعملية التلقيح الاصطناعي سواء أثناء الفحص أو أثناء العلاج ، ومدى مسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي يرتكبه أثناء قيامه بعملية التلقيح الاصطناعي؟.

1- محمد عبد الوهاب الخولي - المرجع السابق ، ص 58 و 61 .

للقوف على تحديد هذه المسؤولية نرى أن نقسم هذا المبحث إلى
مطلبين : الأول نخصه لتحديد ماهية الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية ، وفي
الثاني نتعرض إلى تبيان الخطأ الموجب للمسؤولية في التلقيح الاصطناعي .

المطلب الأول

ماهية الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية

ما هو معلوم فإن المسؤولية المبنية على خطأ ثابت تقوم على إثبات خطأ
من جانب المسئول ، فالخطأ هو أهم أركان هذه المسؤولية . والخطأ بوجه عام هو
" سلوك إيجابي أو سلبي المخالف لواجبات الحيطة والحذر تترتب عليه نتيجة
يؤثمها الشارع ، ولم يرد لها الجاني ولكن كان في وسعه ومن واجبه تلافئها نظراً
لتوقعه إياها " (1) .

■ - تعريف الخطأ الطبي (2):

نشير في البداية إلي أن البعض يعتبر محاولة إعطاء تعريف للخطأ من
المسائل المحفوفة بالصعاب. فقد وصفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأن يتلون
ويتذبذب، مما جعل البعض الآخر يحجم عن إعطاء تعريف للخطأ (3). ومع ذلك
فقد عرفه بعض الفقهاء، وجاءت به أيضاً بعض التشريعات، كما عرفه فقهاء
الشريعة الإسلامية وهذا كما يلي :

1 - التعريفات الفقهية: عرفه البعض بأنه: " تقصير في مسلك الطبيب لا
يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب
المسئول ". وهو أيضاً " عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه
مهنته " (4). وفي تعريف آخر يعتبر الخطأ الطبي " كل مخالفة أو خروج من

1- حسين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة
1973 ، ص 98 .

2 - شاع استعمال الخطأ الطبي والقصد منه ثبوت مسؤولية الطبيب ، لكن استعمال خطأ الطبيب أدق ذلك أن
تعبير الخطأ الطبي قد يفهم منه مباشرة أنه ذلك الخطأ المرتبط بالأعمال الطبية فقط بصرف النظر عن صفة
مرتكب الخطأ وأهليته ، أما تعبير خطأ الطبيب فيركز على صفة مرتكب الخطأ ويفيد مباشرة أن الخطأ ينسب
إلى شخص بمقتضى صفته كطبيب .

3- جلال محمد إبراهيم ، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، رسالة دكتوراه ، ص 291 و 292 .

4- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 65 .

الطبيب على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم ، أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجب الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب ، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة ، في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر بالمريض (1) .

2- في التشريعات الوضعية(2) : فقد عرفه البعض ومنها التشريعان التونسي والمغربي على أنه " عبارة عن إهمال ما يجب و إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"(3). أما المادة 27 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي(4) فقد عرفت الخطأ الطبي بأنه : " كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي ، وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم بالتعويض، تحدده الهيئة الصحية الشرعية "(5). واعتبر المرسوم ما يعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يلي : 1- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة .2- الجهل بأمر فنية تقترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها .3- إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك .4- إجراء التجارب ، أو البحوث العلمية غير المعتمدة ، على المريض .5- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار .6- استعمال آلات أو أجهزة طبية دون علم كاف بطريقة استعمالها ، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الإستعمال . 7- التقصير في الرقابة والإشراف .8- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به ،ويقع باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية .

1- أسامة عبد الله قائد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص 224 .
 2- يختلف القانون المدني عن القانون الجنائي في صياغة مفهوم الخطأ ، فبينما نجده في القانون المدني بأنه " كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض (المادة 124 من القانون المدني الجزائري) ، فإننا نجد قانون العقوبات خال من أي نص عام يعرف الخطأ ما عدى ذكر بعض صور الخطأ كالعونة ، والإهمال ، و عدم الاحتياط... (المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري).
 3- مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دار الحداثة بيروت ، 1985 ، ص 33
 4- الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/59 بتاريخ 1462/4/11 هـ
 5- وهي مؤسسة قضائية في المملكة العربية السعودية ، تتولى التحقيق والمحاكمة في الشكاوى الناتجة من الممارسات الطبية وتحقيق مدى المسؤولية فيها .

3- عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

لعل أوضح صور عما أصبح يعرف بالخطأ الطبي والمسؤولية الطبية ، ما جاء في قول الرسول ﷺ في حديث لعمر بن شعيب عن أبيه عن جده : " من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن " (1) فهذا الحديث هو في تضمين الطبيب الجاهل .

أما عند الأصوليين فقد تعددت التعريفات للخطأ وإن كان مدارها جميعاً " انتفاء القصد"، ومنها : ما قاله الزركشي " أن يصدر منه الفعل بغير قصد " (2)، ويقصد منه إرادة الفعل دون النتيجة . أما عن تعريف الفقهاء للخطأ الطبي ، الذي يعرف شرعاً بالضمان ، فقد جاء تحديدهم له على الأصل ، ومن ذلك ما جاء في كتاب الاستنكار : " وقد أجمعوا أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى " (3) أما ابن القيم الجوزية فقد قسم الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية إلى خمسة أقسام (4) :

- الأول : أن يكون مرتكب الخطأ الطبي حاذقاً (5)، أي من ذوي المعرفة في صناعة الطب ، أعطى الصناعة حقها ولم تجن يده ، فتولد من فعله المؤذن فيه من جهة الشرع ، ومن جهة من يطبّه تلف العضو أو النفس ، أو ذهاب صفة ، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً .

¹ - المستدرك للحاكم (236/4) وقال الحاكم هذا الحديث صحيح الإسناد ، وأخرجه ابن ماجة (3466) ، وأبو داود (4586) .

² - الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 1، ص352.
³ - أبو عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي ، الاستنكار الجامع لفقهاء الأمصار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ج. 8 ، ص 62 .

⁴ - ابن قيم الجوزية ، زاد الميعاد في هدى خير الأنام ، حقق نصوصه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، مكتبة المنار الإسلامية الكويت 1984 ، الجزء الرابع ، ص 139 وما بعدها .

⁵ - وقد ذكر في تحديد المقصود بالطبيب الحاذق بأنه هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً (انظر في المرجع نفسه ص 143 وما بعدها) .

- **الثاني:** أن يكون مرتكب الخطأ متطبباً جاهلاً. ذلك أن الخبرة الطبية هي التي تجعل الطبيب مقصوداً من قبل الناس. غير أن ابن القيم قال بعدم الضمان إن أذن المريض للطبيب الجاهل مع علمه بجهله .

- **الثالث :** طبيب حاذق ، أذن له ، وأعطى الصنعة حقها ، لكنه أخطأت يده ، وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه ، فهذا عليه الضمان لأنها جناية خطأ .

-**الرابع :** الطبيب الحاذق الماهر بصناعته ، اجتهد فوصف للمريض دواءً ، فإخطأ في اجتهاده ، فقتله ، فهذا يخرج علي روايتين : إحداهما : أن دية المريض في بيت المال . والثانية: أنها على عاقلة الطبيب.

- **الخامس:** طبيب حاذق، أعطى الصنعة حقها، فقطع سلعة⁽¹⁾ من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف فإنه يضمن.

كما هو ملاحظ مما سبق ، فالأصل أن أي شخص يباشر مهنة تستلزم دراية خاصة ، يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها ، فيعد مخطئاً إن كان غافلاً عنها⁽²⁾ . فعلى الطبيب بذل العناية المطلوبة منه دون النظر للنتيجة لأنه ملزم ببذل العناية المعتادة لا بتحقيق النتيجة .

■ - معيار الخطأ الطبي :

فالمعيار الذي يقاس به الخطأ بوجه عام هو الالتزام ببذل عناية الرجل العادي، أي الرجل الوسط لا غبي ولا شديد الفطنة. وبالتالي فإنه عند تقدير خطأ الطبيب لا بد من إعمال المعيار المهني الصالح واليقظ ممن يمارس نفس المهنة، ولكن ما هو مناط ذلك المعيار، هل هو المعيار الشخصي أو الموضوعي ؟

يفتضى مضمون المعيار الشخصي النظر إلى الشخص المخطئ ، وظروفه الخاصة ومقارنة ما صدر منه بما اعتاد عليه من تصرف وعناية في مثل ظروف

¹ - السلعة : زيادة تحدث في البدن كالغدة تتحرك إذا حُركت .

² - حسن زكي الأبراشي ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، رسالة دكتوراه ، 1951 ، ص 134 .

الواقعة محل المساءلة (1) ، أي مقارنة هذا التصرف بما اعتاده هو نفسه في مثل هذه الظروف.

بينما المعيار الموضوعي قوامه الشخص المعتاد، أي قدراً متوسطاً من الحيطة والحذر. ويرى البعض: " بأنه يجب أن يكون الشخص الذي صدر منه العمل فأخل بحق الغير قد جانب الحيطة في تصرفه وقصر عن عناية الرجل اليقظ... فالعناية المطلوبة من الشخص فيما يصدر عنه من فعل لا ينظر فيه إلى شخصه هو وإلى القدر الذاتي الذي يشتمل عليه من يقظة وتبصر ، بل يرجع في تقديرها إلى معيار شخص يفرض فيه من اليقظة والتبصر ما يتطلبه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتبكة ما بين الناس" (2) .

بعد أن استعرضنا المعيارين الشخصي والموضوعي ، في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية ، فأى المعيارين أنسب في تقدير خطأ الطبيب ؟ . يرى الاتجاه الغالب أن الأنسب هو المعيار الموضوعي الذي يقتضى مقارنة سلوك الطبيب محل المساءلة بطبيب من فئة متوسط الحيطة والحذر ؟، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، والأخذ في الحسبان الظروف الشخصية كالتخصص المهني والمركز العلمي والخبرة في ممارسة المهنة كما أن مسؤولية الطبيب المتخصص أشد من الذي يمارس الطب العام وغيرها (3) .

وفي هذا السياق، قضت محكمة الاستئناف اللبنانية ، "... وحيث أنه عند تقدير خطاه تبعاً لهذا المعيار ينبغي أن يكون من عناصر هذا التقدير مدى مراعاة الطبيب للأصول الفنية المستقرة في مجال علمه الطبي فإن ذهل عن هذه الأصول

1- رءوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي القاهرة 1978 ، ص 178 وما بعدها

2- عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة ص 325 .

3- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 66 .

أو شذ عنها بعد أن أمست غير جدل كان تقصيرية مستتبعاً مسؤوليته من هذا الوجه⁽¹⁾ .

■ أنواع ودرجة الخطأ الطبي :

ذهب فريق من الفقهاء إلى التفرقة في الخطأ الطبي بين الخطأ المادي والخطأ الفني . فالخطأ المادي هو الخطأ الذي لا شأن له بفن الطب، أما الخطأ الفني أو المهني هو مخالفة الطبيب للقواعد الفنية الخاصة بمباشرة مهنة الطب، فهو خطأ متعلق بالمهنة⁽²⁾ . من هذا المنطلق، ذهب الفقه والقضاء قديماً إلى أن الطبيب يسأل مطلقاً عن الخطأ المادي سواء أكان جسيمياً أو يسيراً، لكن لا يسأل فيما يخص الخطأ الفني أو المهني إلا عن الخطأ الجسيم⁽³⁾. ويجد هذا الاتجاه مبرره فيما يرى البعض، أن ذلك من شأنه الحيلولة دون شل نشاطهم الفني، وحتى يوسع لهم مجال العمل، فإنهم ما داموا لم يرتكبوا خطأ فاحشاً، ينبغي أن يتوافر لديهم قدر عظيم من الثقة المشروعة بقواعد فنيهم⁽⁴⁾.

أما الفقه الغالب فقد انتهى إلى تبنى مساءلة الطبيب عن خطأه بغض النظر عن كونه مادي أو فني جسيمياً أو يسيراً. وفي هذا السياق أوضحت محكمة الإسكندرية بمصر بقولها " إن الطبيب الذي يخطئ مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم...والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهنة ، إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاماً غير مقيد... " ⁽⁵⁾. كما أن التمييز بين

1- محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية ، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين قانوناً - فقهاً - اجتهاداً ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 9 . (الغرفة الثالثة، قرار 910 في 18/5/1967)
2- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 68 .
3- من المفيد الإشارة إلى أن التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير، لم تسلم من الانتقاد، أهمها: صعوبة التفريق بين الخطأ اليسير والجسيم، أن النصوص القانونية جاءت عامة لا تميز بين الخطأ اليسير والجسيم وغيرها ... (انظر في ذلك محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها)
4- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 331.
5- منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 264 .

الخطأ المادي الذي يغطي أعمال الطبيب المادية باعتباره شخصاً عادياً ، وأخطائه الفنية وما تستلزمه من شروط خاصة لقيامها ، دفعت أغلب الفقه إلى انتقاد هذا التقسيم لصعوبة التفرقة بين الأعمال المادية والأعمال الفنية وبالتالي صعوبة التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني .

وبهذا جاءت أحكام القضاء خالية من أي تمييز بين أنواع الخطأ، أو درجة جسامتها. فقد قضت محكمة النقض الإيطالية سنة 1994 بمسؤولية جراح يتمتع بخبرة عالية عن موت امرأة إثر عملية ولادة إثر تمزق الرحم ، وأسست المحكمة قرارها على أن هذا الخطأ يدخل ضمن ما يعرف بالأخطاء الخاصة المهنية ، وعدم احترام القواعد الخاصة التي تهدف إلى توقع المخاطر التي لا يسمح بها القانون⁽¹⁾ . كما قضت محكمة الدرجة الأولى لجان بايطاليا سنة 1991 بمسؤولية فريق من الأطباء عن جرم القتل غير العمدي لطفل يبلغ من العمر تسع سنوات إثر سكتة قلبية أثناء العملية الجراحية ، وقد قضت بشكل خاص بمسؤولية طبيب التخدير L'anesthésiste ، لعدم مراعاته قواعد الحيطة والحذر التي تدخل في صلب تخصصه ، كالجوء إلى وضع تجهيزات التنفس الإصطناعي ، والمراقبة المستمرة للمريض أثناء العملية ، كما أدانت باقي الفريق الطبي لعدم تدخلهم لتدارك هذا الخلل والتقصير من قبل طبيب التخدير عند ملاحظتهم هذا السلوك المتسرع وغير الطبيعي من قبل أطباء التخدير⁽²⁾ .

نخلص إلى القول بأن الملاحظ هو استقرار الرأي على التوجه القائم على خضوع الأطباء للقواعد العامة فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأخطاء مطلقاً وبدون

¹ - Recueil sélectif jurisprudence en matière de bioéthique et de droit médical , Strasbourg, 1998, p49. (Arrêt de la cour de cassation civile italienne du 3/11/1994) .

² - Recueil sélectif jurisprudence en matière de bioéthique et de droit médical, IBID, p54. (Le tribunal de première instance a tenu responsable d'homicide involontaire tous les membres de l'équipe médicale... en particulier , l'anesthésiste a été tenu responsable de ne pas avoir respecté les règles de prudence de sa propre compétence , dans la mesure où il avait omis , durant la phase préparatoire de l'opération , d'intuber le patient et de lui appliquer le monitoring de l'électrocardiogramme ...tant les trois chirurgiens , dans la mesure où , ayant constaté ce désistement hâtif et inaccoutumé , ils avaient omis de se substituer aux deux anesthésistes...).

استثناء ،حيث أن النصوص القانونية المحددة للمسؤولية عن الخطأ وردت عامة وبدون تفريق (1)؛ وهذا ما استقر عليه القضاء في كل من فرنسا ومصر ، كما ساير القفه الحديث هذا التوجه وقرر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة (2). كما أنه أمام نضج الوعي لدى المرضى فقد اتسعت دائرة المساءلة القانونية بتطور النظرة إلى المريض (3) ، حيث استقر الرأي على إثبات مسؤولية الطبيب عن كل أخطائه المادية والفنية ، يسيرة كانت أو جسيمة ، ما دام سبب الخطأ فيها قائماً على أساس الإهمال ، أو عدم الاحتياط ، أو عدم الانتباه ، أو عدم مراعاة النظم والقوانين .

أما في الجزائر، فقد نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، على أنه يتابع ، طبقاً لأحكام المادتين 288، 289 من قانون العقوبات (4) ، أي طبيب أو جراح أو صيدلي أو مساعد طبي ، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه ، خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته ، أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر ، أو يتسبب في وفاته . يلاحظ بأن المشرع اعتمد فكرة عن الأخطاء الطبية بدون التمييز بين الخطأ المادي والفني وسواء كان الخطأ جسيماً أو يسيراً وهذا واضح من قوله : "على كل تقصير أو خطأ مهني " .وبهذا قضت الغرفة الجنائية للمحكمة العليا في قرار نص على أنه : "تقوم الجريمة في حق الطبيب متى ثبت أن خطأه أدى إلى وفاة الضحية وتوفرت علاقة السببية بينهما استناداً

1- إدوار غالي الذهب ، مشكلات القتل والإيذاء الخطأ ، دار غريب للطباعة ، القاهرة ، 1987 ص 48 .
2- من ذلك حكم محكمة الإسكندرية التي قضت (إن الطبيب الذي يخطأ مسئول عن نتيجة خطئه بدون تفريق بين الخطأ المهني الجسيم و لا بين الخطأ المادي الخاص بمخالفة الطبيب قواعد الاحتياط الواجبة عليه عند أداء عمله والخطأ الفني الخاص بمخالفة القواعد الفنية لعلم الطب والمعبر عنه بخطأ المهنة فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص) حكم محكمة الإسكندرية ، 30 / 12 / 1943 ، مجلة المحاماة ، سنة 1943 رقم 53 ، ص 78 . وانظر نقض محكمة النقض المصرية في 11/2/1973 ، مجموعة أحكام النقض ، رقم 40 ، ص 180 .

3- وقد أصدرت بعض الدول تشريعات تتضمن حقوق المرضى ومن ذلك فرنسا التي أصدرت قانون 4 مارس 2004 الخاص بحقوق المرضى . Loi du 4 mars 2004 , relative aux droits des malades . et à la qualité du système de santé

4- المادتين تتعلقان بجرائم القتل الخطأ والجرح الخطأ، وقد وردت في القسم الثالث من الباب الثاني.

لتقرير الخبرة واعترافات المتهم الذي أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض " (1).

■ - ما يعد من قبيل الأخطاء الطبية :

في ختام هذا المطلب، نحاول حصر ما أصبح يعرف بالأخطاء الطبية أو أخطاء الطبيب، وهذا كما يلي:

أولاً : مخالفة القواعد والأصول الطبية : ويقصد الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء ، فالطبيب ملزم باتباع الأساليب العلاجية والقواعد التشخيصية التي تشترطها أصول مهنة الطب ومقتضيات فنه وعلمه. وعليه فإذا أدى الطبيب عمله وفق أصول المهنة فإنه لا تقوم مسؤوليته.

وقد أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية اعتماد الأصول العلمية المعتمدة عند الأطباء ومراعاة أصول "أهل العلم بالصناعة" واعتبروا مخالفتها موجبة للضمان، يقول الشافعي: "وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه ، أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله ، فإن كان فعل من يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة ، فلا ضمان عليه ، وإن كان فعل ما لايفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به ؛ فهو ضامن " (2) . والمراد أن قيام الحجام والختان وأيضاً الطبيب بعمل موافق لأهل العلم بتلك الصناعة ولم يقصر في ذلك فلا مسؤولية عليه ، إما إذا خالف الأصول المعتمدة عند أهل الصناعة -ومنهم الأطباء- فإنه مسؤول عما يترتب من ضرر ويقع عليه الضمان. وقد سبق أن أشرنا إلى ما جاء في زاد الميعاد لابن جزري : " بأنه لا مسؤولية على الطبيب الحاذق إذا أتى الفعل على وجهه أو بدل فيه عناية ، فلا ضمان عليه ولا على عاقلته " .

كما أن بعض التشريعات ومنها قانون مزاوله مهنة الطب السعودي المشار إليه سابقاً، نص على أنه يمنع على الطبيب أن يمارس طرق التشخيص والعلاج

¹ - قرار الغرفة الجنائية ، الملف رقم 118720 مؤرخ في 30 ماي 1995 ، المجلة القضائية ، 1996 / 2 .
² - محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ ، ج 6 ص 172 .

غير المعترف بها. وعلى هذا الأساس أدان القضاء الأطباء ، ومن ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية بإدانة جراح تسبب أثناء الولادة بكسر في رأس المولود أدى إلى وفاته ، حيث استعمل طريقة " جفت الولادة " بطريقة خاطئة ، وقد أدانته بجنحة القتل الخطأ⁽¹⁾.

ثانياً : الإخلال بواجب الحيطة والحذر: ومن أمثلة ذلك الجراح الذي لا يتحقق من خلو معدة المريض من الطعام قبل إقدامه على إجراء العملية أو قبل تخديره . فقد نصت المادة 146 من القانون الجنائي الكويتي على أنه " كل شخص تعهد في غير الحالات الاضطرارية بإجراء عملية جراحية لشخص آخر أو بعلاجه أو بالقيام بعمل مشروع ينطوي على خطر يهدد الحياة أو الصحة ، ولم يكن عنده القدر الواجب من الخبرة الفنية ، أو لم يبذل العناية الواجبة في القيام بعمله ، ويترتب على ذلك وفاة المجني عليه ، أو إصابة بأذى يعاقب وفقاً للأحكام المبينة في المواد 154-165" .

ثالثاً: الإهمال وإغفال بذل العناية: يجمع فقهاء الشريعة والتشريعات الوضعية على أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فهو مطالب ببذل الجهد المعتاد من أمثاله في علاج المريض وفق الأصول الفنية لمهنة الطب ، فالطبيب لا يلتزم للمريض بتحقيق الشفاء .

المطلب الثاني

مسئولية الطبيب عن خطئه

في مجال عمليات التلقيح الاصطناعي

بعد أن تعرضنا إلى ما انتهى إليه الفقه والقضاء حديثاً وما نصت عليه التشريعات الوضعية ، بأن الطبيب يعتبر مسئولاً عن خطأه بغض النظر عن كونه مادياً أو فنياً، جسيماً أو يسيراً ، وهم في ذلك يخضعون للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية الجزائية أو المدنية ، حسب الحال ، فإننا سنتناول بالبحث تحديد مدى

¹ - انظر : منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1989 ، ص 77 .

مسؤولية الطبيب عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء إجراء عملية التلقيح الاصطناعي ، وكذا مسؤوليته عن فشلها .

الأصل أن الطبيب لا يخرج في التزامه في عملية التلقيح الاصطناعي عن التزامه في العمل الطبي بصفة عامة ، فهو ملزم بمراعاة ما يقضيه واجبات الحيطة والحذر ، وأهم ما يقع على عاتقه فعله هو إجراؤه للفحوصات اللازمة وأن يتحرى الدقة في التشخيص ويستمر التزامه بهذه الضوابط لغاية مرحلة تنفيذ العلاج .

وبناء عليه، فالطبيب يسأل إذا أخطأ في التشخيص كأن يرى أن أحد الزوجين يعاني من العقم على خلاف الحقيقة، مما أدى بهما إلى الإقدام على التلقيح الاصطناعي الذي قد يعرض الزوجة إلى مخاطر. كما أن الطبيب المشرف على عملية التلقيح الاصطناعي ملزم بالتأكد من مشروعية الوسيلة المتبعة في الإنجاب وتحقيق كافة شروط الإباحة وخلوها مما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، أو النظام العام أو الآداب ، مما أشرنا إليه فيما سبق بخصوص أنواع التلقيح الجائزة شرعاً وقانوناً .

أما عن مسؤولية الطبيب المعالج في حال فشل عملية التلقيح ، التي علق عليها الزوجين آمالاً كبيرة في تلبية رغبتهما في الإنجاب ، فإنه من حيث كون أن التلقيح الاصطناعي يندرج ضمن مفهوم العمل الطبي الذي يلتزم الطبيب في إطاره ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، طالما ثبت أن الطبيب اتبع كافة وسائل الحيطة والحذر وفقاً للمعايير الفنية المعروفة لدى أهل الاختصاص ، بالرغم مما استقر عليه الفقه والقضاء من أن مسؤولية الطبيب هي عقدية وليست تقصيرية⁽¹⁾، والتي من مقتضياتها تحقيق ما اتفق عليه في عقد العلاج وهو ما ليس في مقدور الطبيب تحقيقه حتماً ، لكون أن هذا تتدخل فيه عوامل أخرى كطبيعة المريض، ومناعة جسمه وغيرها من العوامل التي ليست في مقدور

1- انظر مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، المرجع السابق ، حكم 1969/6/26 رقم 116 ص 1075 ، وانظر قرار محكمة النقض الفرنسية 20 juillet 1988 Cass.civ.1er Ch.a.

الطبيب التدخل فيها ، ومن ثم فإن السمة الأساسية لنتائج العمل الطبي هي الاحتمالية ، وهي أكبر في عملية التلقيح فقد يجرى الطبيب العملية بكل الضوابط التقنية المتعارف عليها لدى أهل الاختصاص دون إخلال أو تقصير منه ، ومع ذلك لا يتحقق الإخصاب أو العلق دون سبب واضح إلا قدر الله عز وجل وحكمته التي اقتضت (ويجعل من يشاء عقيماً)⁽¹⁾ ، ومن هنا فإن الطبيب لا يسأل في مثل هذه الحالة عن فشل عملية التلقيح الاصطناعي طالما اتخذ كافة وسائل الحيطة والحذر⁽²⁾.

غير أنه إذا غرر الطبيب بالزوجين وأقدم على إجراء التلقيح الاصطناعي ، بالرغم من عدم وجود أدنى احتمال لنجاحها موهماً إياهما بعكس ذلك ، فيسأل جزائياً بتهمة المساس بسلامة الجسم إذا تبين أن الحالة لا تستوجب من حيث الأصل اللجوء إلى التلقيح بهذه الوسيلة ، وربما يكون هدفه من وراء ذلك تحقيق مزيداً من الخبرة أو مكاسب مادية⁽³⁾.

الباب الثاني

التلقيح الاصطناعي الخارجي (طفل الأنبوب)

إذا كانت طريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي ، التي تعرضنا لها في الباب الأول من هذا القسم ، والتي تتم عن طريق نقل السائل المنوي للزوج إلى رحم الزوجة ، لها فوائد معتبرة في علاج بعض صور العقم ، إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم ، لهذا تم استحداث طريقة أخرى تعرف بالتلقيح الاصطناعي الخارجي، (la fécondation in vitro). وتعرف أيضاً بطريقة الإخصاب في أنبوب. وتتمثل هذه الطريقة في أخذ نطفة الرجل وبويضة المرأة، ووضعهما في أنبوب طبي حيث تتم عملية التلقيح بينهما. فالتقاء النطفة الذكرية مع البويضة

1- سورة الشورى ، الآية 50 .

2- إيهاب يسر أنور علي ، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، القاهرة ، 1994 ، ص 300 .

3- محمود عبد الرحيم مهران ، المرجع السابق ، ص 550 و 551 .

المؤنثة يتم في وسط خارج الرحم بخلاف ما هو عليه الشأن في التلقيح الاصطناعي الداخلي.

ولإعطاء صورة واضحة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، سوف نتعرض بشيء من التفصيل إلى الكيفية التي تتم بها هذه العملية من الناحية الطبية، ثم الحالات التي يلجأ فيها إلى هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، وأخيراً إلى مسألة الخلايا التناسلية، التي تُعد في إطار هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، وما أصبحت تتعرض له من ممارسات واستعمالات طبية وعلمية مختلفة.

أولاً: كيف تتم العملية من الناحية الطبية؟

تتم العملية من الناحية الطبية والتقنية بسحب (شفت) بويضة أو أكثر من رحم الزوجة بتدخل جراحي يطلق عليه Laparoscopie، ثم تنشط بواسطة هرمونات، وتوضع بعد ذلك في وسط ملائم ومغذى في وجود نطفة الرجل. ومن هنا يتم إخصاب البويضة الأنثوية بالنطفة الذكرية وبعد مرور وقت معين (تقريباً يومين ونصف) تنقسم البويضة وتتكاثر، وبعد إتمام هذه العملية بالمراحل المذكورة يتم بعد ذلك نقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة، المعدة خصيصاً لاستقبال هذه البويضة الملقحة، من خلال معالجة هرمونية، وحينئذ يتكون الجنين ثم الولادة بالشكل الطبيعي المعهود (1).

وعلى عكس التلقيح الداخلي المشار إليه في الفصل الأول، فإن التلقيح الخارجي يستلزم تدخلاً طبياً على مرحلتين:

الأولى: وهي سابقة على عملية سحب البويضة، وتتمثل في تنشيط عملية التبويض عند المرأة تنشيطاً صناعياً وهذا بإعطاء جرعات هرمونية، حتى يتمكن الطبيب من سحب بويضات عديدة، تجنباً للتدخل الجراحي أكثر من مرة، وأيضاً لإمكانية استعمال البويضات الملقحة الأخرى عند فشل التجربة الأولى والثانية إلى آخره.

الثانية: وتكون بعد إجراء عملية تلقيح البويضة الأنثوية بالنطفة الذكرية، حيث تتم عملية إعداد رحم المرأة بإجراء معالجة هرمونية له (1).

ثانيا :حالات اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي :

لقد أشرنا في الباب الأول من هذا القسم بأن عملية التلقيح الداخلي، وان كانت تعالج بعض أنواع العقم إلا أن أغلبها لم يجد له علاجاً إلا بطريقة التلقيح الاصطناعي الخارجي. فما هي إذن الحالات المرضية التي تستعمل فيها هذه الطريقة ؟. لقد حددها الدكتور ضياء الدين الجماس في مقاله له (2) في خمس استطببات تستدعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي وهي :

1- انسداد أنابيب فالوب: وهو الاستطباب الرئيسي التي أجريت العملية من أجله، ذلك أنه في هذه الحالة يستحيل تلاقى نطف الزوج مع بويضات الزوجة .

2- نقص النطف: حيث إن نقصها أي الحيوانات المنوية عن الحد الطبيعي (60 مليون نطفة/مل سائل منوي) هو أحد أسباب العقم، وبالتالي فان التلقيح الاصطناعي لا يحتاج الا لـ (5 ملايين نطفة/ مل سائل منوي) . وبالتالي فنقص العدد عن 5 ملايين يستحيل معه نجاح العملية .

3- بطانة الرحم المنتدبة: ويعتقد أن هذه الحالة المرضية ناجمة عن وظيفة الأنابيب وقدرتها على التقاط البويضات.

4- تضاد مخاطية عنق الرحم، وتتمثل في وجود أصداد ضمن مخاطية عنق الرحم .

5- العقم الغامض السبب: وهنا يكون الزوجان طبيعيين ولا يوجد سبب واضح يفسر العقم.

تجدر الإشارة إلى أن هذه الوسيلة، أي التلقيح الاصطناعي الخارجي، هي في الأصل، لعلاج العقم الأنثوي، أي عندما تكون قناة فالوب Trompes de

1 - Jean-Louis Baudouin et Catherine L., IBID , P. 66

2 - ضياء الدين الجماس، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها

Fallope مسدودة، غير أنها تستخدم لعلاج حالات أخرى للعقم الأنثوي كعدم القدرة على التبويض مع القدرة على الحمل، وتستخدم أيضا عندما يكون العقم مشتركا بين الزوجين (عقم في السائل المنوي) والزوجة (انسداد قناة فالوب)، وفي هذه الحالة يستعان بمني رجل آخر لتلقيح بويضة الزوجة. كما أنها استخدمت عند عدم قدرة الزوجة على التبويض فتم الاستعانة ببويضة امرأة أخرى وتلقح بمني زوجها، وفي صورة أخرى لهذا الاستخدام يستعان ببويضة امرأة وتلقح بنطفة رجل آخر ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى وذلك عندما يكون الزوج مصابا بعقم في نطفته والزوجة بعدم القدرة على التبويض مع القدرة على الحمل .

مما تقدم يلاحظ أن تقدم وسائل التلقيح الاصطناعي قد قلبت المفاهيم الثابتة والمستقر عليها في مسائل الإنجاب والنسب رأساً على عقب، ليس فقط في الاتصال الجنسي والإنجاب فحسب، بل حتى في الأبوة والأمومة. فدخل في قاموس هذه العلاقات مفاهيم جديدة ، كالأبوة الحقيقية أو البيولوجية، والأبوة والأمومة الاجتماعية أو القانونية، وأكثر من ذلك حدث فصل بين عملية التلقيح من ناحية والحمل والوضع من ناحية أخرى، لدرجة أصبحت الأم التي حملت بالمولود ليست الأم الحقيقية من الناحية البيولوجية .

وتفصيلاً لكل هذا فقد قسمنا هذا الباب إلى ثلاث فصول، خصصنا الفصل الأول لمدى مشروعية هذا النوع من التلقيح، والفصل الثاني لنطاق الحماية الواجبة للأجنة المخصبة منها وغير المخصبة. أما بخصوص مسؤولية الطبيب في حالة مخالفته ضوابط التلقيح الاصطناعي الخارجي فهي نفسها التي أشرنا إليها في الباب الأول الذي خصصناه للتلقيح الإصطناعي الداخلي ، والخلاف بينهما يكمن فقط في طريقة التلقيح .

الفصل الأول

مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي

الذي يميز التلقيح الاصطناعي الخارجي عن التلقيح الاصطناعي الداخلي ، هو أن يتم التلقيح بين مني الرجل وبويضة الأنثى في وسط خارج الرحم كأنبوب اختبار أو أي وعاء مخبري ، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب ، تعاد اللقيحة هذه إلى رحم المرأة ، وسمي خارجياً لأن عملية التلقيح تتم خارج الرحم . وللتلقيح الاصطناعي الخارجي صور عدة، ولكل صورة ظروفها وأصولها وحكمها الشرعي والقانوني ، وهو ما سنعرض له في المباحث التالية .

المبحث الأول

التلقيح في أنبوب اختبار بين الزوجين

التلقيح بهذه الكيفية لا يثير أي إشكال، حيث انه يتم بين رجل وامرأة يجمعهما عقد زواج شرعي، وهو يشبه الحالة التي سبق وأن أشرنا إليها في الباب الأول من هذا القسم ، ويكمن الفرق بينهما ، كما ذكرنا ، في كون التلقيح في الأولى داخلي أي يتم داخل رحم الزوجة وأما في هذه فهو خارجي أي يتم التلقيح في أنبوب اختبار قبل زرعه في رحم الزوجة. وعليه ، فإنه من الناحية الشرعية والقانونية فالعملية جائزة ، كما أن قرينة الأبوة قائمة، إذا توفرت شروطها، كما أنه لا صعوبة بالنسبة لتحديد نسب المولود من جهة الأب أو من جهة الأم، فأمة هي التي ولدته شرعاً وقانوناً وحقيقة (أي بيولوجياً).

وقد سبق أن أشرنا، عند التعرض لمسألة التلقيح الداخلي بمني الزوج إثناء حياته، إلى فتاوى كل من: مجمع الفقه الإسلامي، والفتاوى المصرية، وندوة الإنجاب، التي تجيز مسألة التلقيح الاصطناعي سواء كان داخلياً أو خارجياً، مادام التلقيح يتم بين بويضة الزوجة والحيوان المنوي للزوج.

وقانون الأسرة الجزائري، في التعديل الأخير، نص على جواز عملية التلقيح الاصطناعي مطلقاً ، سواء كان داخلياً أو خارجياً ، ما دام يتم وفقاً

للشروط والضوابط التي حددها في المادة 45 مكرر من الأمر 05-02 ، وهي :
أن يكون الزواج شرعياً ، أن يتم برضا الزوجين وأثناء حياتهما ، وأن يكون
بمضي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما .

المبحث الثاني

التلقيح في أنبوب اختبار بتدخل الغير

يلجأ إلى هذه الطريقة في بعض حالات العقم عند الرجال، إما بسبب قلة
الحيوانات المنوية عنده، أو لوجود تشوهات أو خلل فيها، أو لعدم قدرتها على
اختراق البويضة أو لكون نطفته غير مخصبة مما يستحيل معه حدوث الحمل بها
إلى غير ذلك من الأسباب المرضية . فهذه الحالات تقتضى حتما تدخل الغير
باعتباره طرفاً لا غنى عنه في عملية الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي الذي
نحن بصدد دراسته وهو ما يعرف بالمتبرع بنطفة مذكرة .

وقد يكون الزوج على العكس من ذلك ، قادراً على الإنجاب ، غير أن
سبب العقم هو عند الزوجة، كأن يكون مبيضها مستأصلاً أو معطلاً، لكن رحمها
سليم يقبل زرع البويضة الملقحة وحملها، مما يستدعى معه في هذا الفرض
الحصول على بويضة من امرأة أخرى مخصبة، وتسمى المتبرعة بنطفة مؤنثة
(بويضة)، ليتم تلقيحها بنطفة الرجل (الزوج) ثم تزرع البويضة الملقحة في
رحم الزوجة التي تعاني من عدم القدرة على الإنجاب . كما يمكن أن يتم الحمل
لحساب الغير، أو ما يعرف بتأجير الرحم، أو الرحم الظئر ، والأمهات
المستعارات (Les mères porteuses)، ويلجأ إلى هذه الطريقة عندما يكون رحم
الزوجة غير موجود، أو لا يستطيع احتضان الجنين، أو تكون مصابة بمرض
القلب أو الكلية أو مصابة بمرض السكر وتخاف من أن يصاب وليدها بنفس
المرض بالوراثة، وقد يكون السبب مجرد عدم الرغبة في الحمل وتحمل
مشاقه، خاصة عند الأثرياء. وصورته أن تتقدم امرأة باستطاعتها الحمل إلى أسرة

وتبدى استعدادها بأن تحمل وتتم عملية الوضع لحسابها إما تطوعاً أو بمقابل، على أن تسلم المولود للأسرة بعد الوضع .
وسوف نعرض لبيان حكم هذه الصور الثلاث للتدخل في عمليات الإنجاب، من الناحيتين الشرعية والقانونية ، في مطالب ثلاث : في الأول عن حالة المتبرع بنطفة (حيوان منوي)، والثاني عن حالة المتبرعة ببويضة ، وفي الثالث نتعرض للحمل لحساب الغير أو ما يعرف بالأم المستعارة .

المطلب الأول

المتبرع بنطفة مذكرة

كما أسلفنا، إذا كانت نطفة الرجل غير مخصبة فإن حدوث الحمل بواسطة نطفته يصبح مستحيلاً مما يستدعى اللجوء إلى الحصول على نطفة رجل أجنبي ثم تلقح ببويضة الزوجة بها، ويسمى صاحب النطفة هنا " متبرعا " *Tiers* ⁽¹⁾ . ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تحريم هذه العملية، ذلك لأن النطفة ليست للزوج، فهي لشخص أجنبي لا تربطه بالزوجة علاقة زوجية قائمة ومشروعة. وعلى الرغم من تحريم هذه العملية، من الناحية الشرعية، فإن الأمر يقتضى تحديد نسب الطفل طبقاً للقواعد العامة للنسب، إذا ما حدث وتم هذا الحمل ، كما يقتضى الأمر من جهة أخرى التمييز بين حالتين هما: حالة ما إذا كانت المرأة الملقحة متزوجة أم غير متزوجة، وتفصيلاً لذلك نتعرض إلى المسألة في الفرعين التاليين .

الفرع الأول

حالة المرأة غير المتزوجة

مثل هذا الفرض لا يثير أي إشكال، بالنسبة لنسب الولد إلى أمه، فالأم التي تم تلقيحها بالنطفة المتبرع بها، هي أم للطفل من الناحيتين القانونية والبيولوجية،

1 - ويطلق عليها بالفرنسية *Insémination artificielle provenant d'un donneur anonyme* (IAD)

فالموضع يعتبر قرينة على الأمومة لا تقبل النفي بأي شكل من الأشكال، وبالتالي فإن الطفل يسجل باسم أمه لأنه من رحمها ومن ثم ينسب إليها حقيقة.

وأما عن صلة الولد بالمتبرع، من حيث النسب، فالمسألة محل خلاف بين الفقهاء فالقول عند أغلبهم (1) ألا ينسب الولد لصاحب الحيوان المنوي لان ابن الزنا لا ينسب لأب. ويرى آخرون، قياساً على حالة الزنا، أن ينسب الولد للزاني إذا كانت المرأة خالية من زوج أو أقيم عليهما الحد (2). واستدلوا بما أورده الإمام ابن تيمية في حكم البغي التي لا زوج لها حيث قال "... ففي استلحاق الزاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشا (أي متزوجة) قولان لأهل العلم، والنبي ﷺ قال { الولد للفراش وللعاهر الحجر} فجعل الولد للفراش ؛ دون العاهر. فإذا لم تكن المرأة فراشا لم يتناوله الحديث...." (3).

ونرى أن ما ذهب إليه أغلب الفقهاء هو عين الصواب ، ذلك أن فتح باب الإنجاب بغير الزواج أو لغير المتزوجة، سيهدم بلا ريب المعاني السامية للزواج، فالولد هو ثمرة الزواج، ينشأ بين أبويه ويبدلان في سبيل تربيته النفس والنفيس، أما الطفل الذي يولد بهذه الكيفية ، فما من شك أنه سينشأ مهملًا فاسدًا ومفسدًا للمجتمع. فالتلقيح الاصطناعي بين الأجانب يلتقي مع الزنا في الجوهر والنتيجة ، فالجوهر وضع لماء الرجل في غير ما يحل ، واستباحة الفرج في غير ما أحل الله من الزوجية... والنتيجة مولود لا نسب له لعدم شرعية العلاقة بين الزانيين ، والفرق بين الزنا والتلقيح الاصطناعي بين الأجانب حصول اللذة والاستمتاع(4).

ولمعرفة مدى استفحال هذه الآفة، في المجتمعات الغربية، نذكر ما صرحت به مديرة بنك المني لكاليفورنيا الشمالية بالولايات المتحدة الأمريكية لجريدة " WALL STREET JOURNAL "، بأن ثلث زبائن البنك هن من البنات العازبات. ولعل هذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى النص صراحة على أن التلقيح

1 - زياد احمد سلامة، المرجع السابق، 146

2 - زياد احمد سلامة ، المرجع نفسه ، ص 146

3 - ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون، مكتبة ابن تيمية، ص 113 و114 .

4 - فتاوى الشيخ الطنطاوي ، جمع مجاهد ديرانية، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1965

الاصطناعي، موجه لتلبية رغبة زوجين في الإنجاب. وبمفهوم المخالفة فإن التلقيح لغير المتزوجة غير مسموح به (1). كما إن التشريع السويدي نص في قانون 1988 المتعلق بالتلقيح الاصطناعي، بأن التلقيح لا يتم إلا بين زوجين يتمتعان بعلاقة مستقرة (2). وجاء في الدراسة التي أجرتها الوكالة البيوطبية الفرنسية أن من الدول التي منعت التلقيح الاصطناعي بالنسبة للأمهات العازبات ومنها سلوفينيا ، النرويج ، سويسرا، البرتغال، وألمانيا . أما الدول التي أباحَت ذلك فمنها اليونان ، إسبانيا ، هولندا وغيرها . وهذه الدول تختلف في تشريعاتها بين مجيز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للنساء العازبات فقط ، وبين المرخصة بدون قيد بما في ذلك لمن يعيش في إطار ما يعرف بزواج المثليات (3).

فكما تشير الدراسة التي أشرنا إليها ، فإن هذا النوع من التلقيح مسموح به في الدول الغربية بشكل أكبر بالمقارنة مع الدولة التي تمنعه ، مما ينجم عنه مشاكل كبيرة، قانونية واجتماعية وحتى أخلاقية، سواء بالنسبة للطفل المولود أم المتبرع. فمن ناحية فإن الطفل قد يعلم حقيقة ولادته فيسعى إلى معرفة أبيه، أو بالأحرى المتبرع بالنطفة الذي ساهم في تكوينه وخروجه إلى هذا العالم، وهذا الأمر ليس بالهين ذلك لأن المتبرع يكون مجهولاً، والمراكز المتخصصة في أغلب الدول الأوروبية ما عدا السويد والنمسا، كما سيأتي بيان ذلك، تطبق نظاماً بموجبه يبقى المتبرع مجهولاً، وبالتالي ترفض تمكين الطفل من الإطلاع على الملف المتضمن معرفة هوية المتبرع. ومن ناحية أخرى قد يسعى المتبرع إلى معرفة الطفل نتاج نطفته بقصد الإقرار بالعلاقة الحقيقية بالطفل وإضفاء الصفة القانونية عليه. هذا ما سنتناوله بالدراسة فيما يلي :

¹ - Article 152-2 du code la santé publique ,Op. ,Cit. P.1494

² - Franck MAGNARD & Nicolas TENZER , Le spermatozoïde hors la loi , Calmaa lévy , France , 1991 , p. 109

³ -Etude comparative de l'encadrement juridiques international , Agence de la biomédecine , France ,octobre 2008 ,p13.

♦ - أولاً: بالنسبة للطفل :

الحقيقة أن مسألة معرفة الأب البيولوجي من قبل الطفل، تقتضى البحث في ثلاث مشاكل، وهي مطروحة بحدّة في أوروبا وغيرها من الدول التي ترخص بمثل هذه الممارسات:

الأولى: هل من الملائم أن نسمح للطفل بالبحث عن الأب البيولوجي (المتبرع بالنطفة) ؟

الثانية: على فرض السماح بالإطلاع على هوية المتبرع فهل هذا يؤدي إلى ترتيب علاقة قانونية بينه وبين الطفل وما يترتب عنها من حقوق والتزامات؟

الثالثة: ضرورة تحديد الحالات التي يجب فيها كشف حقيقة الأب البيولوجي، لمصلحة الطفل الصحية .

- بالنسبة للمشكلة الأولى: كثيرٌ من الدول الأوروبية، ما عدا النمسا والسويد⁽¹⁾، تقوم أنظمتها القانونية على بقاء المتبرع مجهولاً، ومن ثم ترفض السماح للطفل بالإطلاع على الملف المتضمن هوية المتبرع بالنطفة وهذا لعدة أسباب:

• فمن جهة تهدف هذه الدول إلى العمل على أن يندمج الطفل في العائلة التي يعيش في كنفها، وأن يترسخ في ذهنه أن زوج أمّه هو الأب الحقيقي من الناحية القانونية والواقعية.

• ومن جهة أخرى فإن كان هدف المتبرع بالنطفة تقديم خدمة لعائلة حرمت من الإنجاب بسبب العقم، ولم يكن هدفه على الإطلاق إقامة علاقة بينه وبين الطفل المنجب بنطفته، لذا فلا يعقل أن يتحمل عواقب هذه العلاقة من الناحية القانونية وما يترتب عليها من التزامات.

وخلافاً لهذا الموقف فقد اتخذت بعض الدول مثل السويد موقفاً عكسياً⁽²⁾، وهو أن الطفل يحق له أن يسعى إلى معرفة والده الحقيقي

¹ - Jean-Louis Baudouin et Catherine L., Op. Cit. , P. 53

2 - بموجب قانون 1 مارس 1985 والذي أساسه توصيات اللجنة السويدية للتلقيح الصناعي

(البيولوجي) بشرط أن يبلغ هذا الطفل سن الثامنة عشر ومما يلاحظ أن القانون السويدي فضل حماية مصلحة الولد على حماية مصلحة المتبرع (1).

أما المشكلة الثانية: وهي نتيجة للأولى، وتخص مدى إمكانية إنشاء علاقة قانونية بين الطفل والشخص المتبرع، فإن الأمر يختلف باختلاف الدول في تمسكها بمبدأ أن يبقى المتبرع مجهولاً أو غير مجهول، على الوجه المبين آنفاً. ومن ثم تقرر هذه الدول إقامة أو عدم إقامة هذه العلاقة القانونية وما يترتب عليها من حقوق والتزامات بين الأب البيولوجي والطفل.

أما المشكلة الثالثة: فهي أن التطور العلمي، وعلم الوراثة، أظهر أن علاج بعض الأمراض أو الوقاية منها يقتضى معرفة المكونات الوراثية للمريض، وبالتالي ضرورة تتبع سلالته، ومثل هذا يقتضى أن يعرف ولد التلقيح أباه الحقيقي، وعليه فانه في مثل هذه الحالات يجب كشف حقيقة الأب البيولوجي، لمصلحة الطفل الصحية (2).

وقد نص قانون الصحة العمومية الفرنسية (3)، بأنه إذا اقتضت ضرورة العلاج، فإنه يمكن للطبيب المعالج الإطلاع على المعلومات الطبية للزوجين المتبرعين باللقحة.

♦ - ثانياً: بالنسبة للمتبرع:

بخلاف الحالة الأولى، فإن المتبرع قد يعلم بطريقة أو بأخرى هوية الطفل نتاج نطفته، ويسعى لإقرار علاقة حقيقية بالطفل بقصد إضفاء الصفة القانونية عليها، وبعبارة أخرى يريد أن يصبح أباً قانونياً بدلاً من أب بيولوجي. إن كان الأمر محسوماً من الناحية الشرعية، بخصوص هذه العلاقة، وحتى بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي أوجب أن يتم التلقيح بمني الزوج

1 - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 340 و بعدها

2- Jean-Louis Baudouin et Catherine L., Op. Cit. , P. 55

3 - Article 152-5 du code de la santé publique, Op. Cit. , P.1494

وبويضة الزوجة دون غيرها (1) ، فإن الأمر غير ذلك في القانون الفرنسي، حيث يرى البعض (2) أنه يمكن إضفاء الصفة القانونية لعلاقة المتبرع بالطفل نتاج نطفته، وهذا بإعمال المادتين 1-313 و318 من القانون المدني الفرنسي. فالمادة 1-313 تقرر استبعاد قرينة الأبوة عندما يكون الطفل مسجلاً في الحالة المدنية بدون اسم الأب، أو عندما لا يحوز الحالة (*La possession d'état*) إلا في مواجهة الأم، ففي هذه الحالة يستطيع المتبرع أن يقر بأبوته للطفل ليصبح الأب القانوني. ومن جهة أخرى فإن المادة 318 تعطي الحق لأم الولد في إنكار أبوة زوجها لطفلها إذا كان الغرض من ذلك هو الزواج من الأب الحقيقي للطفل ؛ أي الأب البيولوجي. وبناءً على هاتين المادتين يرى أصحاب هذا الرأي، بأنه يمكن للمتبرع الإقرار بالولد وإضفاء الصفة القانونية على أبوته له.

مما سبق ، نرى بأن هذا الطرح غير ممكن إذا ما رجعنا إلى نص المادة 19-311 من القانون المدني الفرنسي (3) التي تنص صراحة بأنه في حالة التلقيح الاصطناعي بمني متبرع، فإنه لا يمكن أن يترتب على ذلك أية علاقة نسب بين المتبرع والولد الناتج عن هذا التلقيح ، كما لا يمكن رفع أي دعوى مسؤولية ضد المتبرع .

الفرع الثاني

حالة المرأة المتزوجة

في هذه الحالة، أي التلقيح الاصطناعي بمني رجل أجنبي Tiers donneur لامرأة متزوجة . فإنه في هذه الحالة، يكون التكوين الأولي للجنين بين طرفين : الأول الأجنبي صاحب الحيوان المنوي والثاني المرأة صاحبة البويضة وصاحبة الحمل، وليس في هذه العملية، أي في تكوين الجنين، أي دور للزوج اللهم إلا رابطة الزواج مع صاحبة الحمل ليس إلا.

1- كما جاء في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي سبق أن اشرنا إليها سابقاً

2 - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص 345

3 - الصادرة بموجب القانون المعدل رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994. وقد جاء نصها :

En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

هذه العلاقة الثلاثية تقتضى منا تحديد نسب الولد بالنسبة للزوج (الأب القانوني) وأيضاً تحديده بالنسبة للأم التي حملت بمني رجل أجنبي غير زوجها .

■ - أولاً: نسب الولد من جهة الزوج (الأب القانوني) :

سبق لنا أن تعرضنا لمثل هذه الحالة عند الحديث عن المتبرع بنطفة مذكرة (المطلب الأول) ، وذكرنا إجماع الفقهاء على تحريمها ، لأن النطفة ليست للزوج ، فهي لشخص أجنبي لا تربطه بالزوجة علاقة زوجية قائمة ومشروعة ، على حد تعبير قانون الأسرة الجزائري ، حيث نص على أن يكون الزواج شرعياً ، وبالتالي فإن الولد لا ينسب لزوج المرأة التي لقحت بمني رجل أجنبي .

وعلى الرغم من اتفاق العلماء على حرمة هذه الصورة من التلقيح، التي يرى البعض فيها التعزير، لعدم توفر عنصر جوهري من عناصر الزنا، وهو الوطاء أو الإتصال الجنسي، فإن الأمر بالنسبة لنسب المولود إلى أبيه (أي الأب القانوني زوج أمه) محل خلاف بين مؤيد ومعارض، ويرجع هذا الخلاف إلى حرص طرف على حماية مصلحة الولد وحفظه من الضياع، وحرص الطرف الأخر على حماية مصلحة أهم، في نظره، وهي مصلحة المجتمع والخوف من تهديد كيانه من هذه الآفة التي لا تبتعد كثيراً عن الزنا.

1- حجة المؤيدين لتحديد نسب الطفل لجهة الأب (القانوني) أي الزوج :

(ا) يقول بدر المتولي عبد الباسط: بعد أن قال بحرمة هذه الصورة استطراد بقوله " ثم إلى من ينسب هذا الولد ؟ والجواب... إما إذا كانت زوجة فقد حسم رسول الله ﷺ هذه القضية بقوله " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فينسب الولد إلى الزوج فإن كان الزوج يقطع بأنه ليس منه فالمخلص له أن ينفي النسب ويلاعن هذه الزوجة ويفسخ النكاح بينهما ويقطع نسب الولد من الزوج ويلحق

بأمه فقط. وإن علم أنه ليس منه ورضي به ثبت نسبه منه ولكن يكون آثماً ... " (1).

(ب) أما علي محمد يوسف المحمدي، فيرى إلحاق النسب بالزاني (لأنه يعتبر في هذه الصورة من التلقيح في حكم الزنا) ويرى إلحاق النسب بالزاني على أساس أن القول بقطع النسب بين الولد والزاني " صاحب النطفة " يعتبر عقوبة للزنا غير أنها توقع على الضحية وليس على الجاني، في حين أن الولد لا ذنب له فيما اقترفه الزاني من إثم، وبذلك نكون قد عاقبناه على ذنب لم يقترفه وتركناه بدون نسب معروف، وعليه فإنه يرى إلحاق الولد بمن يقره إقامة للعدل... (2).

(ج) أما عبد العزيز الخياط فيعتبر العمل غير مشروع ويأثم بعمله... أما فيما يخص نسب الولد فيقول " الولد ينسب للزوجين استناداً إلى قيام الحياة الزوجية وخوفاً من ضياع الولد فيبقى من غير انتساب إلى أب مما يؤثر على حياته النفسية والعلمية. والدليل الشرعي على ذلك قوله ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (3).

(د) وقال المحامي العام محمد عبد الله: " إن التلقيح الاصطناعي يعتبر مخالفاً للنظام العام والآداب وهما يرتكزان على الدين والدين لا يسمح بأن يوضع في رحم امرأة غير بذرة زوجها، ولكن المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي يعتبر ولداً شرعياً طبقاً لقاعدة " الولد للفراش " ولكن هذا التلقيح لا يعد زناً من الناحية الجنائية حيث ينقصه الإتصال الجنسي وهو ركن في جريمة الزنا وإن جاز اعتباره هتك عرض (4).

1 - بدر المتولي عبد الباسط، آراء في التلقيح الصناعي، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي، الكويت، 1983، ص 486
2 - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 359
3 - عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان الأردن، 1981، ص 29
4 - ورد هذا الرأي في بحث: عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، بحث مقدم خلال الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 1986، ص 254

(هـ) ومن الناحية القانونية يرى البعض، أن الطفل المولود يستفيد من قرينة الأبوة التي تأخذ بها القوانين، بحكم عقد الزواج، فإن الولد الذي تلده الزوجة يلتحق بالزوج، ومن ثم فإن الزوج، في هذا الفرض، هو أب للطفل قانوناً وحقيقةً، وبما أن قرينة الأبوة ليست قطعية فإنه يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق ويجوز للزوج رفع دعوى إنكار أبوة الطفل نتاج عملية التلقيح (1).

2- حجة المعارضين لتحديد نسب الطفل لجهة الأب (أي الزوج):

(ا) يرى محمد علي البار بأن أنواع التلقيح باختلافها أجمع الفقهاء على تحريمها ما عدا التلقيح الاصطناعي داخل الرحم بماء الزوج أثناء قيام عهد الزوجية والتلقيح الاصطناعي خارج الرحم بماء الزوج وبويضة الزوجة وإعادة اللقيحة إلى الزوجة... (2).

(ب) أما مصطفى الزرقاء فقد قال بهذا الخصوص: "أما بالنظر الإسلامي فلا شك في تحريمه قطعاً، ففي شريعة الإسلام يعتبر نسب الولد لأبيه..." (3).

(ج) ويوسف القرضاوي فيرى: "...وإذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفظع جرماً وأشد نكراً من التبني، فإن ولد التلقيح يجمع بين نتيجة التبني المذكور وهي إدخال عنصر غريب في النسب وبين خسة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد تنبو عنه الشرائع والقوانين وينبو عنه المستوى الإنساني الفاضل وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمع الكريم (4).

(د) وقال محمد سعيد رمضان البوطي أن حكم إخصاب النطفة خارج الرحم، مداره في الإباحة والحرمة على أمرين اثنين :

1 - محمد مرسى الزهرة، المرجع السابق، ص ص 346 وما بعدها
 2 - محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذره (مقال)، المجلة العربية، جدة، العدد 107، سبتمبر 1986، ص 55
 3 - الشيخ عبد الرحمن البسام، المرجع السابق، ص 259 .
 4 - عبد الرحمن البسام، المرجع نفسه، ص 255

الأمر الأول: أن يتأكد الأطباء تأكيداً تاماً، من أن هذه الطريقة لن تسبب أي ضرر جسمي أو نفسي أو عقلي للجنين بعد ولادته وإلا فالعملية محرمة عملاً بالقاعدة الشرعية الكلية " لا ضرر ولا ضرار".

أما الثاني: ألا يترتب على هذا العمل خلط في الأنساب. فإذا كانت النطفة هي للزوج والزوجة، وتمت إعادتها بعد ذلك إلى رحم الزوجة دون غيرها فذلك جائز وإلا فالعمل غير جائز في نطاق الأحكام الشرعية قولاً واحداً⁽¹⁾.

3- مناقشتنا لهذه الآراء في ميزان المبادئ الثابتة لأحكام النسب : (أ) مقدمة توضيحية:

قبل الخوض في تفاصيل الموضوع، نرى أنه لا بد من التذكير بالكيفية التي يتكون بها الجنين. فكما هو معلوم، أن المبيض عند المرأة إذا خرجت منه البويضة يلقفها أنبوب أيمن أو أنبوب أيسر متصل بالرحم ، هذان الأنبوبان يطلق عليهما " قناتي فالوب " Trompes de Fallope، وهذه البويضة هي جزء الجنين الآتي من الأنثى. أما الجزء الآخر الآتي من الذكر، فيأتي من الخصيتين اللتين تقومان بإنتاج الحيوان المنوي. إذا فجزء الجنين الآتي من الأنثى هو البويضة وجزءه الآتي من الذكر هو الحيوان المنوي.

فاللبنة الأولى لخلق الجنين إذا لا يمكن أن تكون كاملة إلا بالتقاء البويضة بالحيوان المنوي، وهذه الخلية الكاملة تحتوى على ستة وأربعين كروموزوم، نصفها أي ثلاثة وعشرين في بويضة المرأة والنصف الآخر في الحيوان المنوي⁽²⁾.

ما قصدته من هذه المقدمة هو أن الفتاوى والأحكام التي أصدرها أو يصدرها أهل الاختصاص من العلماء الشرعيين أو رجال القانون، بخصوص ما يتعلق بالنسب، لا بد وأن تأخذ في الاعتبار أصول تكوين الجنين التي هي مناصفة بين الذكر والأنثى، والتي على أساسها بنيت الأحكام الشرعية فيما يخص ثبوت

1 - محمد سعيد رمضان البوطي، الإسلام ملاذ كل المجتمعات الإنسانية لماذا؟ وكيف..؟، دار الفكر، دمشق، 1982، ص 132.

2 - هاشم جميل عبد الله، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها

النسب، التي تقضى بأن ثبوت النسب شرعاً بالنسبة للزوج لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون إلا بالتقاء نصفي تكوين الجنين (أي بويضة الزوجة والحيوان المنوي للزوج) في رحم امرأة تربطها به علاقة زواج شرعية .

(ب) مناقشة هذه الآراء :

وبناءً عليه، فإن آراء العلماء الشرعيين وأيضاً آراء بعض رجال القانون في التلقيح الاصطناعي بهذه الصورة، أي التلقيح بالحيوان المنوي لغير الزوج، التي ذكرناها آنفاً، تقتضى دراسة تحليلية، قانونية و شرعية للحجج المختلفة المقدمة من كلا الفريقين ومدى تطابقهما مع المبادئ المستقر عليه بخصوص ثبوت أو نفي النسب .

يتضح أن القائلين بجواز إلحاق الولد بزواج الأم (الأب القانوني) اعتمدوا في حججهم على تأويل أو فهم خاص للمبادئ المتفق عليها لثبوت نسب الولد من أبيه، وهما: قاعدة " الولد للفراش "، والقواعد الخاصة بالإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب.

● ففيما يخص القاعدة الشرعية " الولد للفراش " : فإنها تعنى أن النسب يثبت

بالفراش، والفراش لا يثبت إلا بشروطه وهي:

(1) حصول عقد الزواج سواء كان صحيحاً أم فاسداً أم نكاح شبهة .
 (2) أن العقد وحده لا يكفي لاعتبار المرأة فراشاً إنما لا بد من إمكان الإتصال، وما في حكمه أي أن يكون بطريق التلقيح الاصطناعي بالشروط والضوابط المحددة شرعاً وقانوناً .

(3) أن تأتي الزوجة بالولد بعد مضي أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر وقبل عشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الانفصال.

وعليه ، فالى أي مدى يمكن تطبيق هذه الأحكام بخصوص صورة التلقيح التي نحن بصدددها ؟. إن قاعدة الولد للفراش لا يمكن تطبيقها في حالتنا هذه، للأسباب التالية:

أولاً: إن تطبيق هذه القاعدة " الولد للفراش " يكون في الحالة التي لا يمكن فيها الجرم بمصدر الجنين، كأن تحمل امرأة ويصعب الجرم ما إذا كان من زوجها أو من غيره فإن الحمل في هذه الحالة ينسب لصاحب الفراش، أما إذا جرم الزوج بعدم شرعية الولد فقد شرع اللعان كوسيلة لنتفيه. واللعان يقتضى قيام علاقة الزوجية بين المتلاعنين، وهذا غير متوفر إطلاقاً في الحالة التي نحن بصددنا، فالمتبرع بالمني لا تربطه بالمتبرع لها أية علاقة زواج فهو أجنبي عنها.

ثانياً: أنه بالرغم من قيام الفراش (عقد الزواج بكل شروطه) عند امرأة وأنت بولد لأقل من 6 أشهر فإن النسب لا يلحق بالزوج بالرغم من قيام الفراش، وهذا بإجماع الفقهاء، لأن المحتمل أن يكون من غيره .

ثالثاً: إنه في هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، فإننا نعلم يقيناً من هو صاحب النطفة، أي أن التلقيح تم بمني رجل أجنبي (سواء كان معلوماً بشخصه أو غير معلوم كما في حالة استخراج المني من بنك المني). ويكون اليقين أكثر في الحالة التي يكون فيها مني الزوج غير مخصب حيث يستحيل الحمل منه، كما أسلفنا سابقاً عند الكلام عن أسباب عقم الرجال، وبالتالي فإن شرط الإتصال غير متوفر بين الزوج وزوجته، كما تقتضى قاعدة ثبوت النسب، بل تم في هذه الحالة بين الزوجة ورجل أجنبي عنها، وان كان بطريق التلقيح الاصطناعي .

لهذه الأسباب فإن قاعدة الولد للفراش لا يمكن تطبيقها للأسباب المذكورة، وبالتالي لا يمكن إلحاق الولد شرعاً وقانوناً بالزوج .

وبعد هذا نتساءل، لو أن التلقيح بمني رجل أجنبي تم برضا الزوج، فهل يحق للزوج أن ينفيه بعد ذلك؟ يرى البعض، أن قواعد النسب من النظام العام، وبالتالي فإنه لا يمكن الاعتداد برضا الزوج السابق للعملية، باعتبار أن الرضا لا يبرر الاعتداء على النظام العام⁽¹⁾.

• أما فيما يخص الإقرار ، فإن القائلين به كحل لهذه المعضلة أي أن يقر الزوج بالولد ليلحقه به، فإن هذا الطرح لا يمكن قبوله لعدم توفر شرط أساسي على الأقل⁽¹⁾، ولا يمكن للقضاء قبوله لأنه من شروط الإقرار أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة⁽²⁾. فعقلا لا يمكن قبول مثل هذا الإقرار لأن الفرض، في حالتنا هذه، أن الزوجة لقحت بماء غير ماء الزوج، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإقرار يقتضى قيام الزوجية بأحد صورها ؛ أي سواء بعقد صحيح أم فاسد أم وطء بشبهة بين المقر وأم الولد، لأن الإقرار ليس منشئاً لنسب من جديد ولكنه اعتراف ضمني بوجود علاقة شرعية قبل ولادة الولد، وهذا غير متوفر في حالتنا هذه مطلقاً، فالمتبرع بالنطفة لا تربطه بالمرأة أية رابطة مما ذكرنا. وعليه، فإن الولد في هذه الحالة لا يمكن إلحاقه بطريق الإقرار بالأب القانوني (أي زوج الأم التي ولدته)، لأنه أجنبي عن العلاقة.

■ - ثانياً: نسب الولد من جهة الأم :

أما عن نسب الولد من جهة الأم فإنه ثابت منها، وإذا ثبتت الولادة فإنه يستحيل نفيها بعد ذلك. فالولد ولدها وأهلها هم أهلها ويرثها وترثه سواء كان من نكاح أو سفاح على ما سبق ذكر ذلك.

وعليه، إن التلقيح الاصطناعي، في الفرض الذي تعرضنا له في هذا المطلب، لا يمكن أن يلحق الولد سواء، بصاحب النطفة (أو ما يطلق عليه بالأب البيولوجي)، أو بالزوج (الذي يربطه بأمه عقد زواج) لعدم توفر أسباب ثبوت النسب السابقة، يستوي في ذلك القول بأن هذه العملية تعتبر زنا أم لا.

وخلاصة القول إنه يترتب على ذلك أن أحكام النسب يجب أن تراعي مصالح جميع الأطراف، بالقدر الذي تسمح به القواعد الشرعية الثابتة التي أجمع

1 - وهذا على فرض توافر شرطي مجهولية النسب، وعدم تصريح المقر بأن الولد من الزنا لاختلاف الفقهاء في تكييف هذه الصورة من التلقيح على أنه زنا .
2 - شرط أورده المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الأسرة، وكذا اغلب التشريعات العربية، وقد جاء في القانون التونسي في الفصل 70 " ... وكان يولد مثله لمثل المقر له... " - وفي المغربي في الفصل 92 ، وبصيغة تشبه إلى حد ما الصيغة الواردة في التشريع الجزائري ، " ... أن لا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقل أو عادة " ؛ وفي القانون العراقي في المادة 1/52 " ... الإقرار بالبنوة ... يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله... " . .

عليها جمهور الفقهاء، وتضمنتها القواعد القانونية، وأن تحاول التوفيق بين هذه المصالح، ومن ثم، فلا يشترط أن تحقق أحكام النسب مصلحة الطفل دائماً، لأن النسب كما هو حق للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، فإنه في نفس الوقت حق أصلي للولد لما يترتب على ذلك من حقوق له بيّنها الشرع والقوانين، وإنه أيضاً حق لله لاتصاله بحقوق وحرمان أوجب الله رعايتها، حماية لمصلحة المجتمع كله.

المطلب الثاني

المتبرعة ببويضة

يُلجأ إلى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة به خلل، ولا يمكن للمرأة إفراز بويضات بسبب علة فيه مع قدرتها على الحمل، أما الزوج فسلیم. ففي هذه الحالة تتبرع امرأة أخرى ببويضات تؤخذ منها وتخصب ثم تلقح بها الزوجة. الذي يحدث في هذا الفرض أن التي تحمل وتضع ليست صاحبة البويضة، وفي هذه الصورة أيضاً، يدخل عنصر جديد في العلاقة بالمولود، وهو طرف ثالث، بحيث يصبح منشأ الولد مشتركاً بين الأب صاحب النطفة، والأم التي حملت ووضعت، والمرأة التي تبرعت بالبويضة.

وهكذا أصبح الولد ينسب واقعياً لامرأتين، بعد أن كان ينسب لامرأة واحدة. فما الحكم الشرعي في هذه الصورة، وما حكم نسب المولود بالنسبة لأبيه، وأيضاً بالنسبة لأمه؟.

(أ) - فالحكم عند علماء الشريعة، بالنسبة للتلقيح بهذه الكيفية، أي الحيوان المنوي من الزوج، والبويضة من أجنبية، لا يعدو أن يكون مثل حكم المتبرع الأجنبي بالنطفة وهو الحرمة، وقد جاء في الفتوى المصرية ما يلي " ... هذه الصورة تدخل في معنى الزنا، والولد الذي يتخلق من هذا الصنيع حرام بيقين لالتقائه مع الزنا المباشر في اتجاه واحد، إذ أنه يؤدي مثله إلى اختلاط الأنساب، وذلك ما تمنعه الشريعة الإسلامية التي تحرص على سلامة أنساب بني الإنسان

والابتعاد بها عن الزنا في معناه ومؤداه " (1). وللسبب نفسه جاءت فتوى مجمع الفقه الإسلامي بتحريم هذا الأسلوب من التلقيح (2).

يقول مصطفى الزرقاء " هذه الحالة واضح فيها سبب التحريم لأن اللقيحة متكونة من مصدرين غير زوجين، فهي تؤدي إلى نسب منتحل غير مبني على زوجية " (3). وبناءً عليه، فإن أصل التحريم نتج عن اختلاط البويضات والحيوانات المنوية من غير رباط شرعي أي الزواج .

(ب)- أما حكم نسب المولود في هذه الصورة من صور التلقيح، فيقتضى الأمر تبيانه من جهة الأب، ومن جهة الزوجة لكونها حملت بالولد ووضعت بعد أن لقحت ببويضة امرأة أخرى .

1- من جهة الأب :

ما سبق ذكره بخصوص النسب من جهة الزوج في الحالة السابقة (حالة الرجل الأجنبي المتبرع بنطفة) فإن الحكم نفسه ينطبق على هذه الحالة (حالة المتبرعة الأجنبية ببويضة) أي أن نسب المولود غير ثابت شرعاً وقانوناً للأسباب السابق الإشارة إليها عندما تعرضنا إلى مسألة تلقيح الزوجة بمني رجل أجنبي. غير أن البعض يرى أنه من الناحية القانونية، أن الولد، في هذه الحالة، يستفيد من قرينة الأبوة لأن الولد، من جهة، ولد من امرأة متزوجة، حملت أثناء قيام الزوجية، (أبوة قانونية) أي أنه صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد. ومن جهة أخرى فإن النطفة التي استخدمت في التلقيح هي نطفته ومن ثم فالولد من صلبه حقاً (أبوة بيولوجية) وبالتالي لا تقبل أية دعوى يقصد بها إنكاره (4).

أمام هذا لا يسعنا إلا العودة إلى ما ذكرناه سابقاً، بخصوص التكوين البيولوجي للجنين، وقد أوضحنا أن مساهمة الرجل فيه بالنصف، وان النصف الآخر (البويضة) هو من المرأة، وحتى يكون ناتج هذا الخلط ملكاً مشتركاً من

1 - الفتاوى المصرية، المرجع السابق، ص 3220.

2 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 266 .

3 - الشيخ عبد الرحمن البسام، المرجع السابق، ص 260

4 - محمد السامي زهرة، المرجع السابق، ص 363 .

الناحية الشرعية فإنه لا بد لهما من عقد زواج يجتمع تحت ظله هذا الخليط (الأمشاج) الذي ينشأ منه الولد.

وبناءً عليه، فإنه في حالتنا هذه، فإن العلاقة الزوجية تربط بين الرجل صاحب المنى والمرأة التي حملت بالمولود ووضعت، وبالتالي فإن البويضة التي لقحت بمنى الزوج هي لامرأة أجنبية لا تربطه بها أية علاقة شرعية مما يستوجب إعمال الحكم نفسه في حالة المتبرع الأجنبي بالنطفة، أي عدم إلحاق النسب بالزوج للأسباب نفسها.

2- من جهة الأم :

لم يكن أمر نسب الولد من الأم التي وضعت محل نقاش أو جدال، بل الثابت والمتفق عليه أن الأم التي وضعت هي التي ينسب إليها الولد بدون تردد، ذلك لأنها صاحبة البويضة التي تلقح بمنى الزوج، وهي التي تحمل، وهي التي تضع، غير أنه بهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي التي لم تكن في الحسبان أن الولد ينسب " واقعياً " (نقصد تكوين بيولوجي مشترك) لامرأتين ساهمتا في تكوينه، غير أنه من الناحية القانونية لا يمكن أن ينسب الولد إلا لامرأة واحدة، صاحبة البويضة، أو من التي حملت الطفل ووضعت. فلأيهما ينسب الولد ؟

أمام هذه الإشكالية اختلف العلماء وأهل الاختصاص في تحديد المقصود بالأم، هل هي صاحبة البويضة أم التي حملت ووضعت، وبالتالي لأيهما ينسب الولد من الناحيتين الشرعية والقانونية ؟

1- الأم الحقيقية من الناحية الشرعية :

لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على قول واحد في تحديد الأم الحقيقية، في صورة التلقيح الذي نحن بصدد دراستها، ففريق يرى بأنها هي صاحبة البويضة، وفريق آخر يرى بأنها صاحبة الرحم التي حملت ووضعت.

ولكل فريق حججه وأدلته نعرضها فيما يلي :

الفريق الأول: القائل بأن الأم هي مانحة البويضة:

يستند أصحاب هذا الرأي إلى مجموعة من الحقائق نذكرها فيما يلي :

(أ) - بناء على الحقيقة العلمية التي لا تقبل الجدل فإن الخصائص الوراثية مودعة في البويضة، فالجنين سيحمل كل هذه الخصائص المودعة في البويضة، وما الرحم التي حملت هذه البويضة إلا حاضنة، وفي أحسن الظروف تعامل على أنها مرضعة (1).

(ب) - الأم التي حملت كالمرضعة، فالولد يستخلص منها غذاءه وكذلك يفعل الجنين المزروع في رحم المرأة التي حملت به، أما السجل الوراثي الحقيقي للوليد فهو من الخلايا الجنسية للأبوين. إذاً فالأصول الوراثية ترجع أساساً إلى الوالدين اللذين شاركوا بخلاياهما الجنسية (2). وبالتالي فكما لا ينسب الطفل الرضيع إلى التي أرضعته بسبب الرضاعة، لا ينسب إلى المرأة التي حملت به ووضعته.

(ج) إن النسب يقوم على الحقيقة البيولوجية، فالنطفة الأمشاج هي بداية خلق الإنسان، وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم إثني عشر مرة، وبالتالي إذا كان الولد ينسب للأب -الرجل صاحب النطفة-، فإنه ينسب أيضاً من جهة الأم صاحبة البويضة.

الفريق الثاني: القائل بأن الأم هي التي حملت ووضعته

يرى أنصار هذا الرأي بأن الأم الحقيقية هي التي حملت وولدت واستندوا في ذلك إلى عدة حقائق نوجزها فيما يلي :

(أ) إن اعتبار الأم التي حملت ووضعته، بما في ذلك من معاناة ومشقة، كالمرضعة، منطوق مقلوب يفسد بدون شك معنى الأمومة، فجوهر الأمومة بذل وعطاء وصبر وتحمل ومعاناة، وبهذا المفهوم لمعنى الأمومة فإن المرأة التي حملت ووضعته هي الأجدر بوصف " الأم " (3).

(ب) كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً، من التلقيح الاصطناعي، لا ينسب إلى أب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً. وقد جاء في بدائع الصنائع " إن النسب في جانب

1 - عبد الحفيظ حلمي، ندوة الإنجاب، المرجع السابق، ص 173

2 - محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص 366

3 - محمد السامي زهرة، المرجع نفسه ص 367 و368

الرجال يثبت بالفراش، وفي جانب النساء يثبت بالولادة، ولا تثبت الولادة إلا بدليل وأدنى دليل عليها شهادة القابلة (1).

(ج) أشارت بعض الآيات القرآنية إلى أن الأم هي التي حملت وولدت منها: قوله تعالى { إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ } (2)، فالآية قد سلكت طريق النفي والإثبات، أي أنها نفت الأمومة عن التي لم تلد الولد. فهذه الآية نزلت في الظهار، وفي هذا يقول السيد قطب "... فالزوجة ليست أمًا حتى تكون محرمة كالأم. فالأم هي التي ولدت" (3). وقوله تعالى { حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا } (4)، فبينت الآية أن التي تحمل بالولد وتضعه هي أمه. وقوله تعالى { وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا } (5)، وهذه أيضاً صريحة في كون الأم هي التي حملت الجنين وأخرجته، لأن البويضة عندما تخرج من المرأة لا تشكل كائناً يوصف بأنه يعلم أو لا يعلم شيئاً، ثم أن الآية قالت بأن البطن هي للأمهات، إلى غير ذلك من النصوص القرآنية التي تؤكد كلها هذا المعنى.

(د) أما في الحديث فقد جاء في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال " إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً ثم علقه مثل ذلك ثم يكون مضغاً مثل ذلك" (6).... فحسب ظاهر هذا الحديث الشريف، فإن صاحبة البطن التي يتكون فيها الجنين ويمر بالمراحل المختلفة هي أمه، أي أم الطفل، أما التي تبرعت بالبويضة انتهى دورها عند حد التبرع بهذه البويضة.

وفي ردهم على رأي الفريق الأول الذي يقول بأن الأم هي صاحبة البويضة، يرد عليهم البعض بجملة من الحقائق وهي :

- إن القول بإثبات النسب للأم على أساس الحقيقة العلمية التي تقول أن الصفات الوراثية تنتقل بواسطة البويضة ولا تنتقل بواسطة الرحم، لا بد له من دليل

1 - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (عن كتاب زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 136)

2 - سورة المجادلة، الآية 2 .

3 - السيد قطب، في ظلال القرآن ، المجلد الثامن ، الطبعة السابعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1971 ، ص 12 .

4 - سورة الأحقاف، الآية 15.

5 - سورة النحل، الآية 78.

6 - صحيح البخاري، الطبعة الأخيرة، مكتبة البابي الحلبي ، مصر، 1953 ، ص 101.

شرعي، ذلك أن الحقيقة العلمية لا تكفي وحدها إلا إذا اعتمدت على دليل شرعي، وإلا كان إثبات نسب ابن الزنا للزاني جائزاً هو أيضاً نظراً إلى أن الحيوانات المنوية شاركت هي أيضاً في تخليق الولد، وهذه حقيقة علمية؛ ولكن ما دام الشرع نفى إلحاق ابن الزنا بالزاني فإن نسب الولد لصاحبة البويضة يفتقر هو أيضاً إلى دليل⁽¹⁾.

- ومن جهة أخرى فإن الشرع يبني ثبوت النسب عامة على (المظنة) وليس على (الدليل العلمي)، فلا نقول: إن الثابت علمياً أن الجنين أصله من بويضة امرأة معينة بينما تحمله وتلدّه امرأة أخرى، بل أن الحمل والولادة واقعة مادية تكفي وحدها شرعاً لنسبة المولود إلى والدته....⁽²⁾.

بعد عرض آراء وأدلة كلا الفريقين، نرى أن الرأي الأقرب إلى الحقيقة هو أن الأم هي التي حملت وولدت بناء على الأدلة والبراهين التي ساقها أصحاب الرأي القائل بأن الأم هي التي حملت ووضعت وليست صاحبة البويضة .

2- الأم الحقيقية من الناحية القانونية :

أ- الحقيقة أن أغلب القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية⁽³⁾، لم تتعرض بشكل واسع لحكم ثبوت النسب من الأم، ولا نكاد نجد نصاً مخصصاً لثبوت نسب من جهة الأم ، غير أنه يمكن أن نستخلص من نص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، الذي ربط الأمومة بالوضع. كما أنه حسم الأمر في تعديل سنة 2005 حيث نصت المادة 45 مكرر بأنه من شروط التلقيح الإصطناعي أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها. وبهذا فقد منع أن تجرى عملية التلقيح عن طريق التبرع بالمنى أو البويضة.

1 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 139

2 - ما نقل عن المستشار جمال الدين محمد نائب رئيس محكمة النقض بمصر (عن كتاب زياد أحمد سلامة، ص 140 و141)

3 - البعض من هذه القوانين أشار إليها صراحة ومن مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي نصت في الفصل 2/38 على أنه " البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقاً وهي بالنسبة للام كالشرعية لأنه ولدها " .

(ب) - وفي قانون العقوبات الجزائري نصت المادة 321 منه أنه " يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمداً طفلاً أو أخفاه أو استبدل طفلاً آخر على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته ". يفهم من هذا النص أن أم الولد هي التي حملت ووضعت، وكل من أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، يعتبر الفعل جريمة يعاقب عليها القانون.

ونخلص إلى القول بأن الأم الحقيقية تمر بمراحل ثلاثة: تلقيح البويضة، الحمل ثم الوضع، والطفل هو نتاج هذه المراحل مجتمعة، وقد كان الأمر سهلاً لمعرفة أم الولد في ظل الإنجاب الطبيعي، إلا أن التلقيح الاصطناعي ومع إمكانية التبرع بالبويضة، أحدث بذلك تجزئة في مراحل الأمومة وتوزيعها على امرأتين، والنقاش السالف ذكره بخصوص تحديد الأم الحقيقية مرده إلى أنه من الناحية الواقعية كل من المرأتين ساهمتا في إنجاب الولد، ولكن عند الاختيار والمفاضلة بينهما فإن الكفة تميل لصالح المرأة التي عانت آلام الحمل والوضع، وأعطت الطفل من كيانها وصحتها النفسية والجسمية. وبهذا الخصوص فإننا لا نشاطر ما قاله نصر الدين ماروك⁽¹⁾ بأن المشرع الجزائري عندما ربط الأمومة بالوضع، في نص المادة 43 من قانون الأسرة، لأنه حسب رأيه، أن المشرع الجزائري قد تبني فكرة لا تتلاءم مع التطور الطبي الذي يعطى الأولوية للحقيقة البيولوجية. ذلك لأنه ليس من المعقول عند المقارنة بين المرأتين الأولى اقتصر دورها على مجرد إعطاء البويضة فقط، والثانية هي التي تحمل وتتألم وتعاني آلام الحمل والمخاض ثم نقول بعد كل هذا أن الأم هي التي أعطت البويضة، فهذا أمر لا يقبله العقل ولا المنطق السليم. ثم أن الحمل في حد ذاته وتغذية الأم للجنين طوال مدة الحمل، و تكوينه من لحمها ودمها تعتبر أيضاً حقيقة بيولوجية لا يمكن على

¹ - نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 222 .

الإطلاق إنكارها ولا تجاهلها بل لا يوجد مجال لمقارنتها مع ما تساهم به المرأة التي أعطت البويضة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الحمل لحساب الغير (الأم المستعارة)

أدى التقدم في مجال الإخصاب إلى الفصل ليس فقط بين الإتصال الجنسي والإنجاب ، وإنما أيضاً بين الأبوة والأمومة الحقيقية أو البيولوجية ، والأبوة والأمومة الاجتماعية أو القانونية ، ومن جهة أخرى لم يعد مجرد حمل المرأة ووضعها قرينة قاطعة على أنها الأم الحقيقية من الناحية البيولوجية بعد أن كانت مثل هذه القرينة لا تقبل حتى وقت قريب مجرد الشك .

♦ - فكرة تأجير الأرحام :

وتتلخص فكرة الحمل لحساب الغير، أو ما يعرف بتأجير الرحم، أو الأمهات المستعارات «Les mères porteuses ou les mères par substitution» ، في أن تتقدم امرأة باستطاعتها الحمل إلى أسرة وتبدي استعدادها بأن تحمل وتتم عملية الوضع لحسابها ،على أن تسلم المولود للأسرة بعد الوضع . ويلجأ إلى هذه الطريقة عندما يكون رحم الزوجة غير موجود، أو لا يستطيع احتضان الجنين، أو تكون مصابة بمرض القلب أو الكلية أو مصابة بمرض السكر وتخاف من أن يصاب وليدها بنفس المرض بالوراثة، وقد يكون السبب مجرد عدم الرغبة في الحمل وتحمل مشاقه، خاصة عند الأثرياء. فالأم البديلة هي التي تحمل الطفل بدلاً عن امرأة أخرى ، إما عن طريق زرع بويضة المرأة طالبة الولد (الزوجة) ملقحة بمني زوجها في رحم الأم البديلة ، إن كان الحمل عن طريق تلقيح

¹ - أحمد عمراني ، نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي : دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء والحقائق العلمية ، مقال منشور في مجلة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 11 ، 2002 ، ص 46.

ببيضتها (بويضة المرأة المتبرعة بالحمل) بماء زوج المرأة المتزوجة وغيرها من الأشكال (1).

وقد أصبح للأرحام سوق تجارية ولهذا الغرض توجد شركات متخصصة في العالم الغربي، تتمثل مهمتها في البحث عن النساء الراغبات في تأجير أرحامهن، ومنها شركة ستوركس Stokes في الولايات المتحدة الأمريكية (2)، ومثيلاتها كثير في الولايات المتحدة الأمريكية وفي غيرها من الدول .

يذكر أن أول وكالة دولية أوروبية لتأجير أرحام السيدات أنشئت في مدينة فرانكفورت بألمانيا ، وقام بتأسيسها محام أمريكي يدعى نويل كين ، الذي سبق له أن أنشأ وكالة مماثلة في ميتشيجان الأمريكية .وتقول مديرة هذه الوكالة الأوروبية " هانيلور سيدلر بأن رسوم تأجير الرحم تبلغ 30.000 دولار وتوزع كآلاتي : 10 آلاف دولار لمؤجرة الرحم ، و 15 ألف دولار للوكالة ، و 5 آلاف دولار مقابل مصاريف الولادة (3).

وحتى تصبح المرأة صاحبة الرحم عضواً في المؤسسة عليها أن تملأ نموذجاً يتضمن اسمها وعنوانها وحالتها الاجتماعية وصفاتها الجسدية (4) .

أما في فرنسا، فقد رفضت السلطات الإدارية المختصة منح رخص إنشاء مثل هذه الجمعيات، وكذلك كان موقف القضاء في الدعاوى المرفوعة إليه بهذا الشأن، ومن ذلك على سبيل المثال، عندما تقدمت جمعية تسمى Les Cigognes بطلب تسجيلها في سجل الجمعيات بالألزاس، طلب محافظ الجمهورية من المحكمة الإدارية إلغاء هذا المقرر المتضمن إنشاءها، وهذا على أساس، أن إيجار الرحم أو البطن معاقب عليه بنص المادة 353 -الفقرتين 1 و2 من قانون

¹ - سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع ، الرياض، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 399 .

² - محمد رأفت عثمان ، بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 147 ، وأيضاً زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 123

³ - سمير غويينة ، المتاجرة بالأئمة والأعضاء البشرية ، مكتبة مدبولي الصغير ، ستار برس للطباعة والنشر ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1999، ص 49

⁴ - وبعد قبولها كعضوة في المؤسسة ، تستطيع اختيار المؤسسة الإستشفائية لتصبح تحت تصرفها ولتتم رعايتها طوال فترة الحمل على أن يتحمل الزوجان اللذان يطلبان الحمل كافة النفقات حتى ملابس الحمل وغيرها من النفقات .

العقوبات⁽¹⁾ . ولما بلغ الأمر إلى مجلس الدولة، المنعقد في جمعية عامة بتاريخ 22 جانفي 1988، رفض هو بدوره طلب الجمعية على أساس عدم شرعية نشاط الجمعية . والجمعية الثانية التي أنشأت بمرسيليا من قبل الطبيب Alma mater، فقد حُلت هي أيضا بموجب مقرر من نيابة أكس بروفنس، وأيدته محكمة الاستئناف بتاريخ 29 افريل 1988، وقد كان أساس الرفض المستند إليه في كلا القرارين نص المادة 3 من قانون 1 جويلية 1901 التي تمنع إنشاء الجمعيات ذات النشاط غير الشرعي أو المخالف للآداب العامة⁽²⁾.

♦ - تعريف إجارة الأرحام :

الإيجار من حيث العموم هو: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه تمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم⁽³⁾. وعُرف أيضاً بأنه "تمليك منافع الأشياء المباحة مدة معلومة بعوض، فهي عقد على المنافع بعوض"⁽⁴⁾. وعرفته المادة 467 من القانون المدني الجزائري على أنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".

أما تأجير الأرحام فقد جاء فيه تعريفات كثيرة ، ومنها ما تضمنته بحوث المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية التي عرفته بأنه: "رحم امرأة صالح للحمل تبذله تطوعاً لزوجته ترغب في نقل ببيضتها بعد تخصيبها من مني زوجها لتتحمل المرأة (الرحم الظئر) أعباء ووهن الحمل على أن تسلم لصاحبة الببيضة التي غالباً ما يكون رحمها غير قادر على الحمل ، و يسمى أيضاً : بشتل الجنين "⁽⁵⁾

¹ - Sera puni de dix jours à six mois d'emprisonnement et de 500 f à 20 000f d'amende: «.....Quiconque aura , dans un esprit de lucre , ou apporté ou tenté d'apporter son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant »

² - Patrick NICOLEAU ,Droit de la famille ,édition marketing,Parig,1995, p 13.

³ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص 3 (دبنا) .

⁴ - السيد سابق ، فقه السنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ، الجزء الثالث ، 1977 ، ص 198.

⁵ - سعد الدين مسعد هلال ، القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، جمع فيها توصيات المنظمة من 1983 إلى 2001 ، ص 12 .

كما عرف بأنه " أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحهما في طبق ... ولكن بعد أن تنمو اللقيحة لا تعاد إلى الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة " (1).

وقد عرّفَتْها لجنة Warnock في إنجلترا، بأنها "هي التي تقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه على أن يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة التي يتم الإجراء لصالحها " (2). وحتى تأخذ هذه العمليات - إي إيجار الرحم - بعداً قانونياً، فإنها تتم في الغالب بموجب عقد بين المؤجرة لرحمها والطرف الراغب في الحصول على المولود، على أن يكون ذلك بمقابل مالي يمنح للمرأة التي تحمل لحساب الغير.

وبالرغم من إبرام العقد بين الطرفين، إلا أنه بعد الحمل ومعاناة الآلام وأوجاعه، فإن الأمومة تستيقظ عند هؤلاء النساء ويقرن الاحتفاظ بمولودهن، وينشب بعدها الخلاف بين الطرفين وتعرض هذه القضايا على المحاكم، والأمثلة على ما يحدث في العالم الغربي لا تحصى ولا تعد، ونسوق على سبيل المثال أن أول أم بديلة ببريطانيا، تدعى (كيم كوتون) حملت مقابل أجر 6.500 جنيه إسترليني، لفائدة زوجين لم ينجبا. ولإتمام هذه العملية أرسل الزوج منيه بالطائرة من أمريكا وبه لقحت ووضعت الحمل (طفلة) في أوائل 1985 في مستشفى لندن. وكان الزوجان، وهما من الأغنياء، قد دفعا لأحدى الوكالات المتخصصة في البحث عن الأمهات البديلات مبلغ 14.000 جنيه. وبعد الولادة رفضت السيدة كوتون وبداعي الأمومة، أن تسلم الطفل إلى الزوج المتعاقد معها بمقابل مالي، وأسفرت النتيجة في هذه القضية إلى إصدار المحكمة قرارها بتسليم الطفلة إلى (أبيها الطبيعي)، الذي دفع المال للتي أجرت رحمها ؛ وبعدها أخذ الزوجان الأمريكيان الطفلة (3) .

وقد حدثت في هذا المجال أموراً غريبة ، وهي أن الأم البديلة قد تحمل بتوأم مختلفين في الببيضة والحيوان المنوي، بأن تؤخذ بببيضة

1- محمد علي البار ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، 1986 ، ص 282.

2 - ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 205.

3 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 124

ملقحة من زوج صاحبة البيضة، وبيضة أخرى من امرأة أخرى ملقحة من زوجها، وتزرع البيضتان الملقحتان المختلفتان في المصدر في رحم الأم البديلة، فتحمل بتوأم مختلفي المصدر، مما يؤدي إلى التنازع بعد الولادة، لتعيين نسب كل طفل إلى أبويه الحقيقيين. وهذا ما حدث بالفعل، فقد نشرت صحيفة "الجارديان" البريطانية فضيحة من فضائح استئجار الأرحام حول السيدة "إنجيلا" التي تعاقدت معها أسرة غير قادرة على الإنجاب، لكن لم يقتصر الأمر على هذه الأسرة، بل قام الطبيب المختص بغرس بيضة أخرى ملقحة من زوجين آخرين وقد تم هذا في شهر سبتمبر من سنة 1996، ونما الجنينان نمواً طبيعياً في رحم هذه الأم، ومن الغريب أن "أنجيلا" دافعت عن نفسها وتذرعت بأنها تقوم بإدخال السرور على الأسر العاجزة عن الإنجاب⁽¹⁾.

ولم يتوقف الأمر عند الأم البديلة، فقد تعدى الأمر إلى "الجدة البديلة". فقد حدث في جنوب إفريقيا، سنة 1988، أن امرأة تدعى "بات أنتوني"، وهي جدة وأم بديلة في آن واحد ولدت ثلاثة توأم، لفائدة ابنتها بعد جراحة قيصرية، وقد تم بيع حقوق نشر قصة هذه العملية لصحيفة "ذي ميل أوف سندي" البريطانية بسعر مرتفع جداً نظراً لغرابيتها⁽²⁾.

ومن أغرب ما حدث في هذا المجال أيضاً، أن المدع العام الفرنسي أمر بفتح تحقيق في قضية عجوز تدعى جينين، تبلغ من العمر 62 سنة، صرحت أن شقيقها المعوق هو والد طفلها الذي أنجبته على الكبر. وبررت فعلتها بالرغبة في الحفاظ على شجرة العائلة. فقد تم إخصاب بيضة سيدة أمريكية بحيوان منوي خاص بشقيق جينين واسمه 'روبير' المريض الذي أصيب بتشوّه في الوجه وشلل جزئي أثناء محاولة انتحار في سنة 1992، ثم نقلت البيضة الملقحة

- انظر في ذلك: كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1998، ص 248.

2- النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، المرجع السابق، ص 408.

وزرعت في رحم جنين في مركز باسيفيك للإخصاب بلوس انجليس. وفي تعليقه قال المدعى بأن ملابس هذه القضية تفوح منها رائحة سفاح الأقارب . وأضاف قائلاً " أنه ليس سفاحاً بيولوجياً بل هو سفاح اجتماعي" . وحوكمت في فرنسا بتهمة التحايل على القانون الذي يمنع التلقيح الاصطناعي للنساء اللاتي تجاوزن سن اليأس ، كما يمنع أساليب الأمهات البديلات . وقد وصفت جريدة لوموند بأن هذا الحدث " يخبل العقل ويثير الاشمئزاز" (1).

بعد أن تعرضنا للمقصود بعملية تأجير الأرحام ، وتعريفها شرعاً وقانوناً ، فإننا سنتناول بالدراسة النقاش والجدل القائم بين المعارضين والمؤيدين لها ، وموقف فقهاء الشريعة من شرعية هذه العمليات ، وموقف التشريع الوضعي ، وفي الأخير نتناول مسألة طبيعة ومشروعية العقد المبرم بين أطراف عمليات الحمل لحساب الغير وهذا في فروع أربعة .

الفرع الأول

تأجير الأرحام بين المؤيدين والمعارضين

نتعرض فيما يلي لحجج كل منهما وهذا كما يلي :

(أ) - حجج المؤيدين : ذهب البعض إلى تأييد وسيلة الإنجاب بواسطة أم بديلة استناداً إلى حجج نوردتها فيما يلي (2):

1- إن الإنجاب وتكوين الأسرة حق من حقوق الفرد، وبالتالي فإنه من حق الزوجين اختيار أسلوب الإنجاب بمحض إرادتهما سواء بالطريق الطبيعي أو بالتلقيح الاصطناعي أو عن طريق رحم امرأة أخرى.

¹ - محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2007 ، ص 167

2 - توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، ندوة طفل الأنابيب، الإسكندرية، 1985 ؛ وأيضاً ، نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 206 وما بعدها ، وأيضاً محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 100.

2- إن تحريم الإنجاب بهذه الوسيلة معناه حرمان المرأة، التي تريد القيام بدور الأم البديلة، من حقها في التصرف في بدنها.

3- وبهذا الحمل يمكنها إثبات ذاتها والقيام بدور الأم ولو لفترة محدّدة أثناء الحمل، فقد لا تسمح ظروفها بالإنجاب إما لمرض الزوج أو وفاته أو لاعتبارات مالية أو اقتصادية أو اجتماعية.

(ب) - حجج المعارضين : (1)

يعتبر هذا الاتجاه هو الغالب واستند أصحابه إلى الحجج التالية :

1- أن الإنجاب بهذه الطريقة يؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه الحقيقية ويجعل الحمل مجرد وظيفة مؤقتة لإنجاب طفل بعد ما كان يمثل مرحلة من مراحل العلاقة الدائمة والمستمرة بين الطفل وأمه.

2- يصبح الطفل في هذه العملية مجرد وسيلة لإشباع رغبة أو حاجة للمرأة الحاملة (الأم البديلة) بحسب اختلاف الدافع من امرأة إلى أخرى ، وهذا لا يتفق مع كرامة الإنسان وعزته .

3- إن معرفة الطفل بعد ذلك ، بالطريقة التي تم بها إنجابه قد يؤثر على شعوره ونفسيته .

4- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يحول المرأة الحامل إلى عارية الاستهلاك إذ يتم في هذه الحالة استعارة جسم أنثى من أجل إشباع رغبة أشخاص آخرين ، ويصبح الأمر في غاية الخطورة إذا تمت العملية مقابل أجر إذ يتحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة تجارياً .

5- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يساعد القادرين مالياً على استغلال غير القادرين؛ أو استغلال الدول المتقدمة والغنية للنساء في الدول النامية، حيث ينتشر الجوع والفقر. أو قد يكون الاستغلال من جانب الأم البديلة للزوجين فتطالبهما بمبالغ تتجاوز إمكانيتهما المالية.

6- إن انتشار هذه الوسيلة يساعد على خلق نوع من تجارة الأطفال.

7- من جهة أخرى يرى البعض أن حق التصرف في الجسم يخضع لقيود تنظيمية تحقيقاً للمصلحة العامة، دون أن تنال هذه الضوابط والقيود من طبيعة الحق وممارسته. وعليه ، فإن كان الحمل والوضع يعتبر استعمالاً للأم البديلة لهذا الحق الطبيعي، فإن تحقيق أغراض تجارية من وراء ذلك، وهو الغالب في عالم لا يؤمن إلا بالمادة، يتعارض مع طبيعة وظيفة الأم وأهدافها⁽¹⁾.

مناقشة هذه الآراء : نرى أن الاتجاه المعارض، محق إلى حد بعيد، ليس للاعتبارات التي أوردها أصحابه فحسب وإنما لاعتبارات أخرى جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال الكنيسة ، ونصت عليها بعض التشريعات الوضعية. كما أن أحكام القضاء في أغلبها قضت بعدم شرعية الوسيلة .

الفرع الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال الكنيسة

من تأجير الأرحام

بالرجوع إلى ما قلناه بشأن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بالصور المختلفة، فقد بينا ما هو جائز ويثبت النسب به وما هو غير ذلك، وما تأجير الرحم إلا صورة من صور التلقيح المحرمة سواء كان المنى من الزوج والبويضة من صاحبة الرحم المُستأجر التي ستحمل وتضع، أو كانت اللقيحة (أي المنى من الزوج والبويضة من الزوجة) وتوضع في رحم امرأة أخرى لتحمل وتضع لحسابهما، أي أن يسلم لهما المولود بعد الولادة.

وقد اختارت ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الأولى سنة 1983 ، الاتجاه القائل به الأكثرون ، وهو تحريم الرحم الظئر مطلقاً ، وقد جاء في توصياتها تحت عنوان الرحم الظئر⁽²⁾ : " اتفق على أن ذلك يكون حراماً إذا

1- نصر الدين ماروك، المرجع السابق ، ص 413.

2- سعد الدين مسعد هلالى ، المرجع السابق ، ص 12 .

كان في الأمر طرف ثالث -غير الزوجين- سواء كان منياً أم بويضة، أم جنيناً ،
أم رحماً "

كما أكدت المنظمة في الندوة العاشرة بالدار البيضاء سنة 1997 ، على
رأيها بتحريم الرحم الظئر⁽¹⁾ ، وقد جاء في توصيتها " توصى الندوة بما يلي :
تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان
رحماً ، أم بويضة ، أم حيواناً منوياً ، أم خلية جسدية للاستنساخ ."

تجدر الإشارة إلى أن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي
أقر في الدورة السابعة في مكة سنة 1984 ، بجواز صورة من صور الحمل
لصالح الغير، وهي حالة المتطوعة بالحمل عندما تكون زوجة ثانية للزوج
صاحب النطفة فتتطوع لها ضررتّها لحمل اللقيحة عنها. وقد جاء في الفتوى " إن
الأسلوب الذي تؤخذ به النطفة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع
اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا
الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم، يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة
وبالشروط العامة المذكورة " ⁽²⁾. فالمجلس في هذه الفتوى اشترط شرطين لجواز
هذه الصورة وهما:

1. أن تكون الزوجة التي تتطوع بالحمل زوجة ثانية للزوج نفسه.

2. أن تتطوع الزوجة الأخرى بالحمل بمحض إرادتها .

ونظراً لاستنكار بعض العلماء لهذه الوسيلة وتحفظ البعض الآخر، أعيد
طرح الموضوع في الدورة الثامنة سنة 1985 ، حيث تراجع المجلس عن فتواه
السابقة بجواز هذا الفرض وانتهى إلى حظر هذا الفرض ⁽³⁾ . وقد استقر الرأي

1- سعد الدين مسعد هلالى ، المرجع نفسه، ص 12 . كما حرمت الكثير من العلماء فرادى وفي مؤتمرات
هذه العملية ، ومنها : قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورتيه السابعة والثامنة بمكة
المكرمة، والمؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي
والذي نظمه المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر سنة 1991 ، وأيضاً
المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية عن الانعكاسات الأخلاقية لاستخدام تقنية التناسل
بمساعدة التكنولوجيا في معالجة العقم البشري سنة 1997 .

2 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 266 .

3 - سيد محمود عبد الرحيم سرحان ، المرجع السابق ، ص 592 .

على ذلك في دورات المجلس التي تلت ذلك (1)، كما تقرر حظر هذا الفرض في جميع المحافل والندوات العلمية المعنية في العالم الإسلامي (2).

وقد جاء في فتوى ليوسف القرضاوي ، بخصوص المسألة ، وذلك في إجابته على سؤال عن رأي الشرع في صورة الإنجاب بطريق الرحم الطئر ، فأجاب بقوله " تلقيح امرأة بمني غير زوجها حرام بيقين ؛ وإقحام عنصر دخيل على الأسرة أجنبي عنها ، مع اعتباره منها نسباً ومعاملة وميراثاً ، وإذا كان الإسلام قد حرم التبني ولعن من انتسب إلى غير أبيه ، فأحرى به أن يحرم التلقيح المذكور ؛ لأنه أشد شبيهاً بالزنا (3).

وفي محاولة من البعض (4) تبيان الحكم الشرعي في تحريم هذه الطريقة في الإنجاب ذكر : " كما هو معلوم فإن الزواج والإنجاب مباح بأركانه وشروطه الموضوعية من قبل الفقهاء، والتلقيح الإصطناعي بين الزوجين ، كما أسلفنا، مباح في قرارات المجامع الفقهية ضمن الشروط العامة المحددة التي أشرنا إليها ، غير أنه عند دخول عارض أي طرف ثالث في عملية الإنجاب يكون قد عارض النص القطعي في قوله تعالى {نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ} (5) وقوله ﷺ " أيما امرأة أدخلت على قوم نسباً ليس منهم فليس من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة" (6) . فعندئذ يحرم هذا الفعل لعارض ولم يحرم الإنجاب في الأصل ، والمقصود بالحرام هنا هو أسلوب الإنجاب. فالإنجاب بهذا الأسلوب مشروع بأصله وذاته ، وغير مشروع بوصفه أي باستخدام عنصر ثالث يشارك في عملية

1- من القرار الثاني من الدورة الثامنة للمجلس 1985 ، والقرار الثالث من الدورة الثانية عشر 1990 .
2- انظر قرارات مجلس الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان 2007 في محمد علي البار ، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ص 121 ، وندوة جمعية العلوم الطبية الإسلامية المنبثقة عن نقابة الأطباء الأردنية وموضوعها قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية 1992 وغيرها .

3- يوسف القرضاوي ، هدى الإسلام فتاوى معاصرة ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الرابعة ، 1989 ، ص 561 .

4- محمد محمود حمزة، المرجع السابق ، ص 138 و 139.

5- البقرة، الآية 223 .

6- سنن أبي داود ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ، دار الفكر ، رقم 1844

الإنجاب .كما أن عملية استعمال رحم امرأة أجنبية عن الزوج يؤدي بلا ريب إلى اختلاط الأنساب ، وهذا أيضاً سبب لتحريم إجارة الأرحام .

وقد عبر رجال الكنيسة عن رأيهم في عملية تأجير الأرحام على لسان المطران بشارة الراعي رئيس أساقفة أبرشية جبيل بلبنان في مداخلة حول موضوع طفل الأنبوب... والأرحام المستأجرة ، حيث اعتمد في أقواله على مراجع ووثائق عن الفاتيكان لسنة 1987 وعن مجمع العقيدة والإيمان بعنوان الحياة هبة الله ، ثم التعليم الديني للكنيسة الكاثوليكية الصادر سنة 1992 ، وأيضاً اعتمد على دراسة المجلس الحبري للعائلة بعنوان من التلقيح الصناعي إلى الاستتساخ سنة 1898 . ومما جاء في أقواله ورأيه في " الأمومة بالنيابة" : " إن الكنيسة تحرم هذا العمل لأن فيه انتهاك لموجبات الحب الوالدي والأمانة الزوجية والأمومة المسؤولة ، ولأنها تسيء إلى كرامة الولد وإلى حقه في أن يحبل به ويحمل ويولد في العالم ويربى بواسطة والديه ... ويضيف : " أن المرأة الحامل وضعت نفسها في حالة غير إنسانية لأنها فصلت الأمومة الجسدية عن الأمومة العلائقية" ⁽¹⁾.

الفرع الثالث

موقف التشريعات الوضعية من تأجير الأرحام

أما عن موقف القوانين من عمليات تأجير الأرحام، فقد جاءت نصوصها بين مؤيد بشروط ومانع لها أصلاً بل وحتى معاقب عليها، ومن هذه التشريعات:

1. - القانون السويدي الخاص بالتلقيح الاصطناعي الخارجي FIV الصادر سنة 1988، منع مطلقاً هذه العملية ⁽²⁾.

2. - أما المشرع الفرنسي فقد تبني في الفصل الثاني من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994، ما استقر عليه القضاء أي منع الحمل لحساب الغير ،فقد نصت المادة 16-7 على أن " كل اتفاق بخصوص التلقيح

¹ - محمد محمود حمزة، المرجع السابق ، ص 325، 326.

2 - Franck MAGNARD & Nicolas TENZER , op. cit , p. 109.

أو الحمل لحساب الغير يعتبر باطلاً" ⁽¹⁾. وقد اعتبرت المادة 16-9 منه أن أحكام هذا الفصل من النظام العام. كما أن قانون العقوبات الفرنسي نص على عقوبة الحبس لمدة سنة و 15000 أورو غرامة لكل من تُقدّم على هذا العمل على سبيل الاعتياد أو بغرض مالي ⁽²⁾.

3. - أما المشرع الجزائري فقد نص على منع إيجار الرحم بنص صريح في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فبعد أن نص على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فقد نص في الفقرة الرابع منها على انه " ... لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ". أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 31 من قانون الإنجاب الطبي على عقوبة السجن لمدة خمس سنوات وبخطية (غرامة) عشر آلاف دينار لكل من لجأ إلى استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين .

4. وفي الدراسة المقارنة للتأطير القانوني الدولي التي قامت بها الوكالة البيوطبية الفرنسية سنة 2008 ⁽³⁾ ، وفي القسم المخصص للتلقيح الإصطناعي ، ذكرت موقف التشريعات المختلفة من مسألة الحمل لحساب الغير بين مانع أو مجرم له ، ومرخص وحتى منظم لها بموجب نصوص قانونية. وقد صنفت الدراسة البلدان على الشكل التالي :

أولاً : الدول التي تمنع عمليات الحمل لحساب الغير : وهي إيطاليا ، إسبانيا ، ألمانيا، السويد ، النرويج ، وسويسرا وبعض الدول في آسيا مثل سنغفورا ، الفيتنام ، اليابان والفلبين. وفي الولايات المتحدة الأمريكية جرمت بعض الولايات الحمل لحساب الغير مثل لريزونا، واشنطن ، ونيويورك .

ثانياً : الدول التي لم تعارض مثل هذه العمليات : هولندا سمحت بالحمل لحساب

الغير بدون أن تعترف بذلك في القانون المدني ، وإن كان قانون العقوبات جرم العقود التي تبرم من أجل الحمل لحساب الغير إن كانت بمقابل .

¹ - « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » Art.16-7 de la loi 94-653 du 29 juin 1994 .

² - L'article 227-12 du code pénal français .

³ - Etude comparative de l'encadrement juridique international ,op.cit. p16 et s.

ثالثاً: الدول التي قننت هذه العمليات : ومنها بريطانيا فقد نظمت العملية بشكل أكثر حرية ، بل سمحت حتى بالإشهار للبحث عن النساء اللاتي يؤجرن أرحامهن ، وقد وضعت تشريعات ملائمة بخصوص المجانية ونسب الطفل المولود . كما نظمت بموجب قانون 1994 مسألة ما يعرف في مفهوم القانون الإنجليزي بعملية " نقل الأبوة الشرعية" بين الأم المستعارة والزوجين طالبي الحمل ، حيث تتم بموجب قرار قضائي بناءً على طلب طالبي الحمل . كما جاء في الدراسة الكيفية التي نظمت بها بعض الدول عمليات الحمل لحساب الغير ، بشكل يختلف من دولة إلى أخرى، ومنها الدنمارك، اليونان ، وهنجاريا ، وغيرهم (1).

الفـرع الرابع

التكليف القانوني والشرعي لعقد إيجار الرحم

كما ذكرنا ، فإن مسألة الرحم البديل ، من الأشياء المستحدثة التي ظهرت مع التطور العلمي في مجال بيولوجيا الإنجاب ، وبغض النظر عن الاختلافات حول جواز مثل هذه العمليات ، إلا أنه كما ذكرنا فقد أجازته بعض الدول ، وبما أن الأمر يتم في شكل عقد بين صاحبة الرحم والزوجين ، فإننا لابد من البحث عن الطبيعة القانونية لهذا العقد ومدى صحته ومشروعيته ، ثم عن نسب الطفل المولود بهذه الكيفية .

1- الطبيعة القانونية للعقد :

يرى البعض أن الوصف المناسب لهذا العقد هو عقد إيجار. وهنا نتساءل هل يمكن أن نضفي على العقد المبرم بين صاحبة الرحم وبين الزوجين وصف عقد الإيجار ؟ . وللإجابة على ذلك نقول بأن المشرع عرف عقد الإيجار بأنه " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ... " (2) ، فمحل عقد الإيجار ، حسب نص المادة، يرد على شيء

¹ - انظر تفاصيل الدراسة المذكورة في الصفحات 17 و18.
² - المادة 467 من القانون المدني الجزائري.

وطالما أن رحم المرأة هو جزء من جسدها فإنه لا يدخل في مفهوم الأشياء، لأن الأشياء هي التي تصلح محلاً للعقود ومنها عقد الإيجار. أضف إلى ذلك استحالة تسليم الرحم الذي هو محل المنفعة للمستأجر - أي الزوجين - بعد انتهاء مدة العقد بوضع الحمل.

وفقهاء الشريعة الإسلامية ذكروا بأن من أركان عقد الإيجار ⁽¹⁾ المنفعة، وقد اشترطوا أن تكون مباحة فلا تجوز إجارة الأجير فيما منفعته محرمة، ولأن إيجار الرحم للحمل لحساب الغير محرم بإجماع الفقهاء فإن المنفعة المبتغاة هي أيضاً محرمة. ومن جهة أخرى فإنه من شروط ركن المحل في عقد الإيجار أن يكون قابلاً للتعامل فيه، أما إن كان غير قابل للتعامل فيه لعدم المشروعية ⁽²⁾، فإنه يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام أو للأداب، وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسي اعتبر التعاقد من أجل الحمل لحساب الغير باطلاً لمخالفته للنظام العام. ويمكننا استخلاص الحكم نفسه في التشريع الجزائري من نص المادتين 96 و 97 من القانون المدني اللتين اعتبرتا أن العقد باطل إذا كان المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

وذهب البعض إلى أن العقد غير جائز لسبب آخر هو وجود غرر فيه، والغرر من مفسدات العقد، والغرر هنا أن المعقود عليه (الجنين) ليس معلوماً أذكر أم أنثى حسناً أم قبيحاً إلى غير ذلك من المواصفات، فقد يتم التعاقد بين رجل أبيض له عينان زرقوان وشعر أسود ونفس المواصفات في المرأة التي تعاقدت معه، غير أنه قد يكون لأحدهما في الشفرة الوراثية جين غير قوي في هذا الجيل وربما يمتد في العمق إلى أجداد سود فيولد الولد أسود اللون، أو قد يولد مشوهاً، وهذا أمر ممكن الوقوع ⁽³⁾.

1 - ابن جزري، المرجع السابق، ص 237 .
 2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 131
 3 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 127 .

وقد أجمعت معظم التشريعات القانونية المقارنة على بطلان أي عقد يبرم في هذا الإطار وخلوه من أي قوة ملزمة، ومن ذلك المشرع الفرنسي، فقد نصت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي على أن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان محله مما لا يقبل التداول مثل الإنسان الآدمي⁽¹⁾. كما أن المادة 16-1 من القانون المتعلق باحترام جسم الإنسان⁽²⁾ نصت على أن "جسم الإنسان وعناصره ومنتوجاته لا يمكن أن تكون محلاً لأية حقوق مالية".

ويذهب البعض إلى أن القانون الفرنسي لم يقض ببطلان كل الاتفاقات الواقعة على جسم الإنسان وخاصة تلك الاتفاقات التي تبرم بشكل مجاني وتحترم الشروط الأخرى التي يقتضيها القانون كالموافقة والهدف حسب طبيعة الاتفاق القانوني، ذلك أن هناك بعض الاتفاقات وإن كانت مجانية، إلا أنها باطلة كالاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل لصالح الغير. فقد أراد المشرع إدانة التعامل "بالأمومة البديلة" مكرساً بذلك الموقف الذي اتخذته الجمعية العامة لمحكمة النقض في قرارها بتاريخ 31 ماي 1991⁽³⁾.

ومن جهة أخرى، إن كان الأمر يُكَيَّفُ، في الدول الغربية التي تجيز إيجار الرحم على أنه تبني، فهو غير ذلك، بل تحريف له كما يقول *Alain BENABENT*، عند تعليقه على قرار محكمة النقض الصادر في 31 ماي 1991⁽⁴⁾، فإن الأمر في حقيقته بيع لطفل من الأم التي حملت به إلى الزوجين اللذين تعاقدوا معها، وبالتالي فهو يمثل جريمة يعاقب عليها القانون.

¹ -l'article 1128 « Il y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »

² - القانون المتعلق باحترام جسم الإنسان، الصادر برقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994

³ - Ahmad Abduldayem, les organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université robert Schuman de Strasbourg, 1999, P56.

⁴ -Alain BENABENT, op. cit, p. 335. وقد جاء في قرار محكمة النقض: « que la convention par laquelle une personne s'engage, fût ce à titre gratuit à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

والخلاصة هو حرمة إجراء العملية، سواء لكون المنفعة المتحصل عليها بعقد الإيجار، أو لكونه عقد غرر، أو بيع لطفل أو غيرها من الأوصاف. وبالتالي فكل عمل يؤدي إلى هذا حرام شرعاً وممنوع قانوناً، وطبقاً للقاعدة الفقهية " كل ما يؤدي إلى حرام فهو حرام ". كما أن تأجير الرحم لهذا الغرض، سواء بمقابل أو بغير مقابل عمل لا يجيزه القانون ولا تقره الشرائع.

2- نسب الطفل المولود بهذه الكيفية :

أما نسب الطفل المولود بهذه الكيفية، فهو لأمه، وقد سبق تفصيل هذا الموضوع، عندما تعرضنا في الفصل السابق من هذا الباب إلى مسألة المرأة المانحة للبويضة والذي اعتبرنا فيه المرأة التي تحمل وتضع هي الأم الحقيقية، فكذلك الأمر في مسألة المرأة المتبرعة بالرحم فالولد ولدها وإليها ينسب. وفي هذا السياق جاءت الفتوى المصرية (1) بحكم عام يقضى بأن " كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلى أب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعت باعتماره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً".

ويؤكد البعض (2) على أنه يجب أن يكون نسب المولود بهذه الكيفية مناطه دائماً قاعدة الأم هي من حملت ووضعت ، وإلا كيف يمكن أن نغاير هذه القاعدة والله تعالى يقول في صريح النص القرآني {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نَسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ عَقِيمٌ} (3). ووجه الدلالة في هذه الآية : أن الله عز وجل ، صرح بأن الأم هي التي ولدت وسلك إلى ذلك أقوى طرق القصر وهي النفي والإثبات ، بمعنى أنه نفي الأمومة عن التي لم تلد الولد ، وأثبتها للتي ولدت ، بمعنى أن التي

1 - الفتاوى المصرية، المرجع السابق، ص 3214 .

2- مهند صلاح احمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 254 وما بعد ها

3- المجادلة الآية 2.

لم تلد حتى ولو كانت منها البويضة لا تسمى أمًا، فهذا أسلوب جازم حاصر للمراد بالأمومة (1).

الفصل الثاني

نطاق الحماية القانونية لأجنة الأنابيب

إن كانت القوانين والشرائع قد جرمت كل اعتداء يقع على الجنين (جريمة الإجهاض) منذ بداية التصاق النطفة بالرحم وهو ما يمثل بداية مرحلة الحمل ، فإن هذه النصوص لا تمتد إلى ما قبل هذه المرحلة إلى النطفة المخلفة خارج الجسم كما هو الحال في أجنة الأنابيب ، فالنصوص القانونية التي تعاقب على الإجهاض قاصرة على أن تشمل على حماية حق أجنة الأنابيب في الحياة، ذلك لأنها تشترط لأجل حماية حق الجنين في الحياة أن يكون داخل رحم امرأة حامل به حتى تسرى عليه تلك الحماية (2) .

ما هو واقع ، أنه مع تسارع تطور العلوم الطبية الحيوية (Biomédical) ومنها عمليات التلقيح الاصطناعي خارج الرحم ، يبقى هناك فائض من الأجنة الزائدة عن الحاجة (3) ، يتم تجميدها والاحتفاظ بها في انتظار التصرف فيها ، إما بإعادة استخدامها لنفس الزوجة صاحبة هذه الأجنة في حالة إخفاق عملية التلقيح الأولى إجرائياً، أو للتبرع بها لفائدة امرأة أخرى تعاني من العقم ، أو للتبرع بها لإجراء التجارب العلمية عليها أو يتم إتلافها والتخلص منها.

فقبل التعرض إلى مسألة المشروعية والحماية القانونية لهذه اللقائح البشرية، التي تعد جزءاً من المشتقات والمنتجات البشرية ، يجدر القول بأن فقهاء

1- محمد رأفت عثمان، بنوك النطف والأجنة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2001، ص 276 .
2- حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995، ص 43 .

3- البييضات المخصبة الزائدة مصدرها الرئيسي مشاريع أطفال أنابيب ، لأن احتمال نجاح عملية التلقيح لا تزيد عن 10% أو 15 % ، وتسمى بالأجنة الاحتياطية ، لأن الأطباء يلجئون إليها إذا ما فشلت عملية زرع البييضات المخصبة الأولى ، وقد يكون مصدرها التبرع أو البيع ، كما يحدث في الدول الغربية ، إما لإجراء البحوث عليها وذلك بدراسة عمليات الانقسام والتكاثر والأمراض الوراثية وغير ذلك ، أو زرعها في رحم امرأة أخرى لا تتجب بيعاً أو تبرعاً .

القانون الجنائي ، حتى وقت قريب ، لم يكونوا يعولون على ضرورة التمييز بين العناصر المكونة للجسم بعضها عن البعض ذلك لأنهم على ما يبدو قد وجدوا في القوالب القانونية التقليدية المستقر عليها في قانون العقوبات ما يكفي لاستيعاب كافة أفعال الاعتداء على جسم الإنسان بكافة مكوناته ، دون تمييز مكون أو عنصر بشري عن آخر .

وإن كانت الأعضاء الآدمية وما يقع عليها من ممارسات طبية مستحدثة أصبحت تنصدر الدراسات القانونية البيوأخلاقية ، فإن ما عداها من المشتقات والمنتجات البشرية الأخرى بدأت هي تفرض نفسها على الباحثين والدارسين ، ويرجع ذلك إلى ما أصبحت تثيره هذه العناصر البشرية من مشكلات قانونية سواء كان ذلك على صعيد جوهر النظام القانوني الذي يحكمها أو على صعيد ما تثيره أفعال الاعتداء عليها في إطار ما يمارس عليها من أعمال طبية متنوعة لتحقيق هدف علاجي وقد لا تتطوي على ذلك في أحيان كثيرة.

ويرجع البعض إلى أن المشكلات التي يثيرها النظام القانوني للمشتقات والمنتجات البشرية إنما يرجع سببه إلى حداثة التقسيم لمكونات الجسم البشري من أعضاء ومشتقات ومنتجات بشرية ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن علم أخلاقيات العلوم الإحيائية الذي يهتم بدراسة هذه المسائل ما زال في طور التكوين والنشوء⁽¹⁾.

ولعل نقطة انطلاق البحث في موضوع الحماية القانونية للأمشاج البشرية سواء كانت مجردة أو ملقحة ، هو تحديد الطبيعة الشرعية والقانونية لهذه المكونات البشرية ، هل تعد هذه الأمشاج من العناصر الجسمية يمكن أن تمتد إليها نطاق الحماية القانونية بعد انفصالها عن الجسم ؟ ، وهل يمكن أن نضفي عليها وصف الجنين بالشكل المقرر في جرائم الإجهاض ؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات ، فإنه يجدر الذكر بأن هذه الخلايا التناسلية تعد أولى مراحل الوجود الإنساني ، وهي إما تكون في مرحلة سابقة على

1- مهذ صلاح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 175.

التخصيب ويقصد بها النطفة المذكرة (الحيوان المنوي)، والنطفة المؤنثة (البويضة). وأما بعد التخصيب تصبح نطفة أمشاج⁽¹⁾ أو البويضة الملقحة . ولقد كان سير عملية التكاثر تحدث بواسطة الإتصال الجنسي الطبيعي، وعندما ظهرت تقنيات الإنجاب الاصطناعي أصبحت تتم عملية التلقيح خارج الجسم ، بحيث يقوم الطبيب بشفط البويضات من رحم المرأة، على النحو الذي سبق توضيحه، ثم يقوم بوضع كل بويضة في طبق Petri Dish، في سائل خاص وتلقح هذه البويضة بحيوانات منوية من الزوج أم من غيره، حسب الحال، وبذلك تتكون مجموعة من البويضات الملقحة أو الأجنة Embryons، أو كما تعرف بنطفة أمشاج كما ورد في القرآن الكريم حيث يقول تعالى { إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ }⁽²⁾ أي أخلط بين بويضة المرأة والحيوان المنوي للرجل .يقول السيد قطب عن معنى الأمشاج الواردة في الآية: " الأمشاج الأخلط، وربما كان هذا إشارة إلى تكوين النطفة من خلية الذكر وبويضات الأنثى بعد التلقيح. وربما كانت هذه الأخلط تعني الوراثة الكامنة في النطفة والتي يمثلها ما يسمونه بـ " الجينات" ⁽³⁾ . ثم بعد ذلك فإن هذه البويضة الملقحة تنمو وتتقسم، الخلية تصبح خليتان والخليتان أربعة حتى تصل إلى مرحلة التوتة فتعزز آنذاك في الرحم .وكما هو معلوم ، فإن هذه التقنية اقتضت أن يتم سحب عدد كبير من الحيوانات المنوية والبويضات ، وتلقيح أكثر من بويضة ، تحسباً لفشل عملية الزرع في المرحلة الأولى ،ومعنى هذا أن الخلايا التناسلية سواء قبل التخصيب أو بعده وقبل الزرع في الرحم توجد لفترة زمنية خارج جسم الإنسان ، بحيث تحفظ في المخابر أو ما أصبح يعرف

1- الأمشاج : هي الأخلط : ماء الرجل وماء المرأة والدم والعلقة ، ويقال للشيء من هذا : خلط مشيج كقولك خليط وممشوج . وقال ابن السكيت الأمشاج الأخلط ؛ يريد الأخلط النطفة لأنها ممتزجة من أنواع ، ولذلك يولد الإنسان ذا طبائع مختلفة . وفي الحديث صفة المولود : ثم مشيجاً أربعين ليلة ، وفي حديث علي رضي الله عنه : ومحط الأمشاج من مسارب الأصلاب ؛ يريد المنى الذي يتولد منه الجنين والأمشاج - ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر بيروت ، 1992 ، ص 367 ، 368 .

2 - سورة الإنسان، الآية 2.

3 - في ظلال القرآن، المرجع السابق، الجزء السابع، ص395.

ببنوك النطف والأجنة⁽¹⁾ . وهنا يثور التساؤل عن الحماية التي يجب توفيرها لهذه النطف والأمشاج الأدمية. لتوضيح كل ذلك سنعالج الموضوع في مبحثين نخصص الأول للطبيعة الشرعية والقانونية للقائح والأمشاج البشرية ،وفي المبحث الثاني نتعرض لنطاق الحماية القانونية لهذه اللقائح الأدمية .

المبحث الأول

الطبيعة الشرعية والقانونية للقائح الأدمية

تتميز النطف البشرية الذكرية أو الأنثوية ،بأنها من بين المنتجات البشرية⁽²⁾ القابلة للتجديد وتتفرد بطبيعة خاصة لكونها تابعة لصاحب الجسد المنفصلة عنه، وبالنظر إلى كونها طور من أطوار الوجود الإنساني فإنها تقتضى الاحترام والحرمة ، وإن لم تثبت له حقوق الشخصية القانونية الكاملة⁽³⁾ . . غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن هذه الخلايا التناسلية ، تختلف طبيعتها قبل التخصيب -أي البويضة قبل التخصيب- عنها بعد التخصيب ، ففي الأولى تكون تبعيتها لصاحب الجسد المنفصلة عنه، فليس لها كيان قبل التخصيب سواء من الناحية الشرعية أو القانونية. أما بعد التخصيب فإنها تصبح أصلاً للأدمي ذلك لأن الحياة في الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب.

ما هو ثابت عند فقهاء الشريعة الإسلامية والأطباء من أن تسمية الجنين تبدأ منذ لحظة التحام الحيوان المنوي مع البويضة وانغراسها في جدار الرحم، والجنين من لحظة تكوينه بالتقاء ماء الرجل وماء المرأة إلى يوم ولادته، يمر بمراحل مختلفة وتتعاقب عليه أطوار تكسبه خصائص ومؤهلات جديدة يمكن أن تكون مناسباتاً للأحكام التي تحكم تعاملنا مع جسده.

وقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أحكاماً متفاوتة على الاعتداءات التي تقع على الجنين بين من بلغ دون أربعة أشهر وفيه دية الجنين " الغرة " وبين ما

¹ - وهي عبارة عن ثلجات أو غرف كيميائية يتم التبريد فيها باستخدام النيتروجين السائل لوقف التفاعلات الحيوية في الخلايا، وعندما يراد استخدام هذه الخلايا، يعاد تدفئتها فتعود إليها الحياة بعودة التفاعلات الحيوية.

² - ما ينفصل عن جسم الإنسان ينقسم إلى أعضاء كالكلية، ومنتجات كالنطف وبقايا الشعر والأظافر بعد القص والمنتجات ما هو معد للخروج كالنطف، ومنها ما ليس كذلك كالدم.

³ - السيد محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص 161.

من بلغ أكثر وفيه تجب عقوبة كاملة وهي القصاص في الجنايات عمداً والدية في غير العمد، وهذا على التفصيل التالي⁽¹⁾ :

1- تفرق الظاهرية في الجناية بين الجناية على الجنين الذي لم يبلغ أربعة أشهر، وبين من بلغها ، فيوجبون دية الجنين " الغرة " سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ، أما من بلغ الأربعة أشهر، فأنهم يفرقون بين قتله عمداً وقتله خطأ ، فإذا قتله عمداً وجب القصاص طبقاً لقوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾⁽²⁾ والمجني عليه هنا له روح، وأهل هذا الجنين بين خيار القصاص أو الدية، فإن رضوا بالدية كانت دية الجنين " الغرة " .

2- الإمامية يرون أنه إذا بلغ الجنين أربعة أشهر تجب فيه الدية ، لا الغرة ولا القصاص. وأما إذا لم يبلغها، فتجب في النطفة عشرون ديناراً، وفي العلقة أربعون، وفي المضغة ستون، وفي ابتداء الخلقة من المضغة ثمانون .

3- أما رأي جمهور الفقهاء في المسألة، فهم لا يفرقون بين من بلغ أربعة أشهر ومن لم يبلغها في إيجاب الغرة ، في الجناية عليه ، فلا يجب القصاص و لا الدية كاملة ولا تجزأ الغرة حسب أطوار الجنين بل الغرة كاملة، وقد أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس إيل⁽³⁾ . وقد استدلوا بالأحاديث التي، أوجب الغرة، في قتل الجنين ، كما أن الرسول ﷺ لم يسأل عن عمر الجنين ، ولا عن أطواره عند إيجابها⁽⁴⁾.

1- مفتاح محمد أفريط ، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، 2004، ص 178 .

2 - المائدة، الآية 45

3- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، الجزء الثاني ، 1986 ، ص 299 .

4- يرى البعض بأنه لا مبرر للتمييز في حياة الجنين في تقرير العقوبة المقررة بل يجب أن يعامل كالإنسان ، وفي هذا يرى البعض : " إن التفاوت في الحياة الإنسانية - من صغر وكبر ، وقدرة وعجز لا أثر له في نوعية العقوبة المقررة في الجناية عليها في الفقه الإسلامي، فالإنسان هو الإنسان، وعقوبة الجناية عليه موحدة في كل أطوار حياته: طفلاً أو شاباً أو رجلاً أو شيخاً ... وإذا كان الأمر على هذه المثابة، كان من المناسب أن تكون عقوبة الجناية على الجنين موحدة في كل الأطوار، لأنه أصل الإنسان، بل هو الإنسان بعينه في فترة تكونه واختفائه... محمد فاتح أفريط ، المرجع السابق ، ص 180 .

أما بخصوص البويضة المخصبة، بشكل خاص ، فإن الحياة فيها لم يعد مما يحتمل الإنكار، وقد أصبح من المسلمات اليقينية في ضوء العلم الحديث (1) ، وعليه فإنه مع ثبوت هذه الحياة في البويضة المخصبة يقتضى الاعتراف لها بنفس الحقوق التي تثبت للجنين الذي داخل الرحم وهذا للاعتبارات التالية (2) :

(أ) أن تخصيب البويضة خارج الرحم أمر دعت إليه ضرورة صحية ، منعت من إمكانية التخصيب داخل الرحم، وإن كان التخصيب من دواعي الضرورة ، فليس من دواعي الضرورة التفريق في الأحكام بينها وبين البويضة التي لقحت داخل الرحم .

(ب) إذا كان المعنى أو المدلول اللغوي لكلمة جنين هو : الولد ما دام في البطن ، فإن الاستدلال -على الإطلاق- في توجيه الأحكام الشرعية والقانونية إلى الجنين المحمول داخل البطن وقصرها عليه، لا يصح لأنه تخصيص بلا مخصص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تصور الجنين خارج الرحم لم يكن متصوراً من قبل ، لأنه حادث أفرزته التطورات العلمية الحديثة .

(ج) أما عن الخلاف في مسألة بداية الحياة ، هل تبدأ من بداية الإخصاب ، أم من وقت علوق البويضة المخصبة في الرحم ، فقد ثبت علمياً أن الحياة تبدأ منذ التحام الحيوان المنوي بالبويضة ، وإذا ثبت ذلك ، فإن الأولى اعتبار الحمل يبدأ بحدوث الإخصاب ، أي بمجرد اندماج الحيوان المنوي في البويضة وتلقيحها، وإذا ثبت ذلك للبويضة الملقحة داخل الرحم، فينبغي أن تلحق بها البويضة الملقحة خارج الرحم، لأنها علمياً وبيولوجياً مثلها ، فينبغي أن تكون مثلها شرعاً وقانوناً.

1 - وهو ما أقرته الندوة الثانية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، عن الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، سنة 1985 .

2- السيد محمود عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 163 وما بعدها

- موقف التشريعات الوضعية والفقهاء :

♦- تعد البيوضة الملحقة خارج جسم الإنسان في نظر بعض التشريعات بأنها تتمتع بوضع قانوني خاص فلا يمكن اعتبارها في مركز الشخص الطبيعي ، كما أنها ليست شيئاً يخضع لقانون الأموال ⁽¹⁾ .

أما في فرنسا، تعد اللقيحة في نظر المشرع الفرنسي أقرب إلى الأشياء منها إلى الأشخاص، والاعتقاد الشائع أنها مادة لصيقة بإرادة الأبوين اللذين أعطيا البويضة والمني، وبالتالي سمح لهما المشرع بتقرير مصيرها. ففي قوانين البيواخلاقية لسنة 1994، لا يرخص للزوجين تشكيل البويضات الملحقة إلا بغرض الإنجاب ومن ثم يحضر "إنتاجها" بهدف تسويقها أو إخضاعها للبحث العلمي ، غير أنه بعد ذلك جاء بأحكام جديدة في مجال الأبحاث والتجارب على اللقائح البشرية وذلك في القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتضمن أخلاقيات العلوم ⁽²⁾ . ففي الباب الخامس المخصص لموضوع الأبحاث على اللقائح الأدمية، نص بشكل صريح في المادة 2151-5، على منع إجراء الأبحاث على اللقائح الأدمية ، إلا أنه يمكن إجراؤها وبشكل استثنائي، وبإجازة من الزوجين، وبترخيص لمدة خمس سنوات من تاريخ نشر مرسوم مجلس الدولة طبقاً لمقتضيات المادة 2151-8 ، كما سنفصله لاحقاً .

كما أنه نص وبصفة استثنائية، على جواز التنازل عن الأجنة للغير عندما يكون فيها الزوجان أو أحدهما عقيماً ⁽³⁾. وحتى يضيفي المشرع نوعاً من "الإنسانية" على اللقيحة المتنازل عليها أخضعها لشروط تشبه إلى حد ما الشروط المعمول بها في التبني، إذ ألزم ضرورة توافر الرضا عند المتبرعين وأن تتم بترخيص من القاضي بالإضافة إلى وجود شرطين آخرين جوهريين هما

1- السيد محمود عبد الرحيم مهران ، المرجع السابق ، ص 166

2 - Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (J.O. n° 182 du 7 août 2004)

3- أنظر : المادتين 4-152 و 5-152 من قانون الصحة العمومية، والمرسوم 925-99 المؤرخ في 2 نوفمبر 1999 المتعلق باستقبال الأجنة.

السرية(1) والمجانية. فالشرط الأول يخول في نظر المشرع الفرنسي الحماية في النسب الشرعي الذي سيربطه بالزوجين العقيمين اللذين استفادا من التبرع. أما المجانية فتد من الناحية الأخلاقية بحيث لا يجوز إخضاع الإنسان بما فيه أعضائه وعناصره ومنتجاته لأي نوع من أنواع التعامل التجاري (2). ومن بين الشروط الأخرى في التنازل عن اللقائح فقد اشترط المشرع خضوع الزوجين المتبرع لهما للقاءات مع السلك الطبي بحضور مختص في علم النفس أو طبيب في الأمراض العقلية، إضافة إلى ذلك اشترط القانون المذكور أن تجري فحوص على الأبوين البيولوجيين من أجل التأكد أنهما لا يحملان أي مرض أو فيروس. أما في بريطانيا فقد نص قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة لسنة 1990 ، على سريان حكم الإجهاض على الجنين منذ بداية التصاق النطفة بالرحم وهو ما يعنى بداية مرحلة الحمل، وبالتالي فلا يمتد حكم هذه القواعد القانونية للإجهاض إلى ما قبل هذه المرحلة ، أي إلى النطفة المخلقة خارج الجسم كما هو الحال في أطفال الأنابيب (3)

♦ - أما موقف الفقه، فقد تعددت اتجاهاته حول الموضوع والتي يمكن ردها إلى اتجاهين متعارضين:

*- **الاتجاه الأول** : يرى أن البيوضة المخصبة خارج الرحم، هي مادة بيولوجية ولا تتمتع بحقوق قانونية . فأنصار هذا الرأي يغلب عليهم الطابع النفعي لأن الأصل الوراثي عندهم ليس صفة مميزة للإنسان الأدمي عن غيره من الكائنات الحية ، فكذلك النباتات والحيوانات تتكاثر من خلال الإخصاب ، وبناءً عليه فإن البيوضة المخصبة ليس لها وضع أدبي مميز(4) . ووفقاً لأصحاب هذا

1 - وصلت حماية المشرع الفرنسي لمبدأ السرية إلى درجة إقرار عقوبة تصل إلى 7000 ألف فرنك لكل من أفشى معلومات يكون القصد منها معرفة الزوجين أو الجهة التي استقبلت الجنين (المادة 11-152 من قانون الصحة العامة)

2 - Guy Raymond, Droit de L'enfance et de L'adolescence, France, Litec, 1995, p.78.

3- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 127 .

4- مالكوم ماكنوتون ، مشكلة ممارسة الإخصاب المساعد وأبحاث الأجنة ، نظرة عالمية ، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية ، البحوث المقدمة في المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي ، القاهرة 1991 ، ص 212 .

الرأي فإن إضفاء الحماية القانونية على الببيضة المخصبة معناه عدم جواز إجراء الدراسات والبحوث عليه ، ونتيجة لذلك تحرم البشرية من أبحاث قد تكون مفيدة للإنسانية .

فوفقاً لأصحاب هذا الاتجاه فإن هذه البويضات المخصبة هي مواد بيولوجية ، ويصبح بالتالي إنتاج أجنة بشرية واستعمالها في كل ما يفيد البشرية لتحقيق التقدم العلمي في مجال التكاثر البشري ممكناً وجائزاً ، كما يمكن استخدام الخلايا التناسلية في مجال تصنيع عقاقير معينة لمواجهة بعض الحالات الصحية .

✽-الاتجاه الثاني : وذهب إلى اعتبار الببيضة المخصبة خارج الرحم

مادة بيولوجية إنسانية تجمع بين المكونات الوراثية الضرورية والكافية للبنية الإنسانية ، فهي تحمل الخصائص الأساسية للإنسان . فإن كان الأصل الوراثي ليس قاصراً على الإنسان (1) ، إلا أن الإنسان يختلف عن غيره من الكائنات الحية النباتية أو الحيوانية في نواح متعددة ؛ وبالتالي فاللقحة خارج الرحم لها قيمة في حد ذاتها مما يقتضي حمايتها (2). فتلقيح البويضة يعد بداية لمراحل تطور الحياة الإنسانية، واعتبار اللقحة قبل وضعها في الرحم من قبيل الأشياء يجوز التصرف فيها بأي شكل من الأشكال يتعارض مع كرامة الإنسان والقيم الدينية والاجتماعية (3) .

المبحث الثاني

نطاق الحماية القانونية للأجنة المخصبة خارج الرحم

اختلفت الآراء بخصوص مقدار الحماية الواجب توفيرها للأجنة البشرية -الخلايا التناسلية- سواء المخصبة منها وغير المخصبة، وكانت المواقف متفاوتة

1- وفي هذا إشارة إلى ما ذكره أصحاب الاتجاه القائل بأن الأصل الوراثي ليس صفة مميزة للإنسان الأدمي عن غيره من الكائنات الحية كالنباتات والحيوانات فهي أيضاً تتكاثر من خلال الإخصاب

2- Nicole Lahaye-Bekaert ,Belgique rapport national , première partie , revue internationale du droit pénal , 1988 , p. 688.

3- جاء في التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي بأنه " يجب تجريم القانون لفعل الإتلاف أو الإيذاء العمدي وسائر صور الاعتداء التي تقع على النطفة المخصبة الناتجة عن التلقيح الصناعي في نطاق العلاقة بين زوجين وذلك قبل إيداع هذه النطفة المخلقة في رحم الزوجة (يراجع الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي ، المنعقدة في كلية الحقوق لجامعة القاهرة أيام 23، 24 نوفمبر 1993) .

تبعاً لاعتبارات متعددة شرعية وقانونية. وسنحاول فيما يلي مناقشة نطاق الحماية الشرعية والقانونية للأمشاج البشرية ، بادئين بغير الملقحة ثم الملقحة.

المطلب الأول

نطاق حماية الخلايا التناسلية غير الملقحة

يرى البعض⁽¹⁾، بأن الأمشاج غير الملقحة لا تحظى بأي حرمة من الناحية الشرعية ، وهذا في حال تجردها من أي اعتبارات أخرى ، واستدلوا على ذلك بمسألة العزل الثابت بصحيح السنة⁽²⁾ . ووجه الدلالة عندهم بأن العزل وإن جاز بقصد التحرز من حصول الولد، إلا أنه لم يرد ما يدل على وجود صيانة النطفة عن الإهدار عند اللجوء إلى العزل، مما يدل على عدم حرمتها، ويقاس على هذا ببيضة المرأة ما لم تلقح.

أما الفقه القانوني فيرى بأن ما يثيره النظام القانوني للمشتقات والمنتجات البشرية، ومنها الأمشاج البشرية محل البحث في هذا الفصل، إنما يرجع إلى حداثة تقسيم مكونات الجسم البشري إلى أعضاء من جهة ومنتجات ومشتقات بشرية من جهة أخرى ، وإن كانت الأعضاء الآدمية وما يقع عليها من ممارسات طبية مستحدثة أصبحت تتبوأ مكانة معتبرة في الدراسات القانونية والبيوأخلاقية ، فإن المشتقات والمنتجات البشرية لم تحظ بنفس القدر والدراسة بالنظر إلى غموض النظام القانوني لهذه المكونات .

غير أن القائلين بهذا الرأي ، يشترطون تجرد النطفة عن أي اعتبار آخر ، أي أن لا يكون بقصد استخدامها في منافع أخرى ، فإن كان بقصد استعمالها لأغراض أخرى فإن هذا يجعل لها حرمة ويسبغ عليها الحماية ، لا باعتبار ذاتها ولكن لاعتبار ما لذويها من حق في الانتفاع بها في الغرض المشروع وهو الإنجاب الاصطناعي، وإذا أضيف إلى هذا الاعتبار اعتبار آخر، وهو حدوث

1- السيد محمود عبد الرحيم مهران ، المرجع السابق ، ص 169.

2- فقد روي عن جابر رضي الله عنه ، أنه قال : " كنا نعزل على عهد النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل " . ومعروف بأن العزل إهدار لنطفة الرجل حين يريقها خارج الفرج .

تلقيح البويضة بالحيوان المنوي للزوج، فلا شك أن حرمتها تتضاعف وحماتها تتأكد⁽¹⁾.

ومن هنا، فإن فقه القانون الجنائي بلغ من اليقين بأن هذه المكونات والعناصر الأدمية المنفصلة، لا تشملها الحماية الجنائية، ولم ير مع هذا ثمة جدوى من طرح المسألة أصلاً على بساط البحث لكونها فيما يبدو أصبحت من المسلمات⁽²⁾. وبناءً عليه، فإنه ليس ثمة ما يمنع من استخدام الخلايا التناسلية غير الملقحة في الصناعات الدوائية ومستحضرات التجميل أو في الأبحاث البيوطبية وكافة صور الهندسة الوراثية وغيرها.

المطلب الثاني

نطاق حماية الخلايا التناسلية الملقحة

طبقاً للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وعلى ضوء ما تقرر علمياً من أن التخصيب يمثل بداية الحياة، فإنه يتقرر لهذه الأمشاج الملقحة نفس الحماية المكفولة لها عندما تكون داخل الرحم.

وذهب الفقهاء إلى أن الحياة في الجنين تبدأ من لحظة الإخصاب، وبالتالي فإن البويضة الملقحة في الأنابيب تعد أجنة بالعرف العلمي والشرعي ويجب حمايتها من أي اعتداء عليها، واستدلوا بقول الإمام أبي حامد الغزالي " أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة " واستنتجوا أن الشرع قد كفل حق الجنين في الحماية منذ لحظة التلقيح، وعليه فإن البويضة الملقحة خارج الرحم يجب أن تكون لها نفس الحرمة⁽³⁾.

أما من وجهة النظر القانونية فقد ظهر في الدول التي أصدرت تشريعات بهذا الشأن، آراء متباينة من صيغ الاحترام لهذه الأمشاج المخصبة، ويرجع هذا إلى نظرة الفقهاء لطبيعة البويضة المخصبة وما إن كانت تعد من قبيل الأجنة

1 - السيد محمود عبد الرحيم مهران ، المرجع نفسه ، ص 169 وما بعدها
2- عوض محمد ، جرائم الأشخاص والأموال ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 139 .
3- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 126

البشرية المشمولة بحماية قانون العقوبات في نصوصه الخاصة بالإجهاض، أم أن هذه اللقيحة تدرج ضمن طائفة المنتجات والمشتقات البشرية المنفصلة عن جسم الإنسان والتي يصعب استيعابها ضمن أي من نطاقات الحماية التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات الحالية⁽¹⁾. ولتوضيح ذلك نستعرض مضمون الاتجاهين فيما يلي :

الاتجاه الأول: يرى عدم جواز المساس بالخلايا التناسلية المخصبة.

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب أي ساعة النقاء الحيوان المنوي بالبويضة، ولو تم ذلك خارج الرحم. وذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن التوسيع من نطاق الحماية الجنائية الخاصة بالإجهاض والإسقاط ليشمل هذه اللقائح المخصبة، ذلك أن الهدف الرئيسي من وراء تجريم الإجهاض يتمثل في حماية الجنين البشري منذ اللحظة الأولى لوجوده وبداية تكوينه وهو ما يتحقق، كما ثبت علمياً ، في عملية الإخصاب خارج الرحم ، ومن ثم كان واجباً حمايتها⁽²⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى تكيف فعل الاعتداء على الخلايا التناسلية المخصبة على أنها من قبيل جريمة العاهة المستديمة⁽³⁾ ، خصوصاً إذا كانت هذه الخلايا تمثل أحر أمل أو فرصة للزوجين في تحقيق الإنجاب، كما لو تمت عملية سحب هذه النطف بسبب دواعي مرضية استوجبت استئصال خصية الزوج، فحينئذ لا يكون للزوجة، إذا ضاعت هذه النطفة، فرصة أخرى في الإنجاب، ولا شك أن ذلك يسبب آلاماً أشد مما يسببه الحرمان من أي عضو من أعضاء الجسم حال فقدته ، وللمتضرر في هذه الحالة التعويض⁽⁴⁾ .

وفي هذا السياق حكم القضاء الأمريكي بالتعويض لزوجين إثر تصرف الطبيب في البويضة الملحقة مما حرّمها من فرصة الإنجاب. وتتلخص الوقائع

1- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع نفسه ، ص 283 ، وانظر أيضاً : جلال ثروة ، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 2000 ، ص 7.

2- حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية، 1995، ص 42 .

3- المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري .

4- السيد محمود عبد الرحيم مهران ، المرجع السابق ، ص 172.

في حالة: Del zio.V.Manhattans Colombia Pres Byterian Medical Center أنه في سنة 1978 بنيويورك رفعت سيدة دعوى ضد مستشفى وطالبت بتعويض بسبب ما أصابها من حزن واضطرابات عاطفية على ممتلكاتها مما يشكل جريمة خيانة أمانة ، ذلك أن الزوجين فشلوا في الإنجاب وأجريت للزوجة عمليتان جراحتان بلا جدوى، ونصحهما الطبيب بإجراء تلقيح اصطناعي خارجي. وبعد تمام إجراءات التلقيح تصرف الطبيب في البويضة الملقحة دون علمها وموافقتهما ودون توافر سبب مشروع لعدم إتمام عملية التلقيح. وأكد طبيب الأسرة صعوبة أي إجراء لإعادة استخلاص بويضات من المدعية مما تسبب في إصابتها بالاكتئاب وتعرض الزوج لاضطرابات نفسية مشابهة، كما أضافت المدعية أن المدعى عليه قام بإجراءات تمس حقهم في الملكية عندما تصرف في البويضة الملقحة بدون موافقتهم مما يشكل جريمة خيانة الأمانة ،وانتهى رأي المحلفين إلى تأييد مطالبتهما بالنسبة للإدعاءين (1) .

وهناك رأي آخر (2)، في نفس التوجه ، يعتبر البويضة المخصبة جنيناً يجب أن يحظى بالحماية القانونية، إلا أنه يرى أن النصوص الجزائية القائمة غير وافية في إضفاء الحماية الجزائية لهذه الأمشاج وذلك نظراً لما تفرضه جريمة الإجهاض من وجود امرأة حامل تمارس ضدها أفعال الإسقاط حتى يمكن مساءلة مرتكبها جزائياً. وبالتالي فإن القول بإمكانية مساءلة من يقوم بإتلاف البويضة المخصبة أو يمارس عليها أي عمل كالتجارب والأبحاث، يبدو قولاً غير مقبول لكونه يتعارض وطبيعة وأركان هذه الجريمة .

نخلص إلى القول بأنه مهما كان الخلاف بين أصحاب هذا الاتجاه، الذي يرى بأن البويضة المخصبة جنيناً تجب حمايته، غير أنهم متفقون على ضرورة

1 - محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 131 ، منقولة عن: Text and materials, Butterworth, london, 1989.P 656 Land Kennedy and Andrew Grubb , Medical law

2- عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، دار البشير للنشر والتوزيع ، القاهرة ، (بدون تاريخ) ، ص 39 .

قيام المشرع بتعديل النصوص القانونية المجرمة للإجهاض حتى تستوعب صور الاعتداء على الأجنة المخصبة خارج الرحم⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: هذا الاتجاه لا يعترف للخلايا التناسلية المخصبة بصفة الجنين ويرى أصحابه أنه انطلاقاً من مفهوم مصطلح الجنين من الناحية اللغوية والعلمية، التي تدل على أن الجنين هو ما استقر داخل الرحم، فإنه لا يمكن التسليم بأن اللقيحة المخصبة خارج الرحم جنيناً وتحظى بالحماية الجنائية المقررة في قانون العقوبات للأجنة البشرية⁽²⁾. ويرتب أصحاب هذا الرأي نتيجة مؤداها أنه متى كانت هذه البويضة المخصبة خارج الرحم لا تعتبر جنيناً بالمفهوم اللغوي والعلمي، فإنه يمكن أن تمارس عليها التجارب والأبحاث، ولا مسؤولية على من يقوم بإتلافها⁽³⁾.

كما يرى البعض ممن يساند هذا الاتجاه، وحتى تضيء الصبغة الشرعية لما يمكن أن يمارس على هذه اللقائح الأدمية من أبحاث وتجارب علمية، أن يتم الأمر بشروط وضوابط، أهمها رضا أصحاب اللقيحة، أي المرأة والرجل، باعتبارهما بمثابة الممثل القانوني الذي ينوب عن فاقد الأهلية أو عديهما. وبما أن البويضة المخصبة هي في حقيقتها نواة لجنين لم يتشكل بعد، فإنهم يرون بأنه من المنطقي إعطاء صاحبي الأمشاج حق تمثيل هذه اللقيحة قانوناً⁽⁴⁾.

مناقشة هذه الآراء:

على الرغم من وفرة الدراسات الفقهية فإننا لم نخرج بعد من نفق التكييف القانوني لهذه اللقائح المخصبة، فهل هي شخص بالمآل أم مجرد مادة مخبرية أو نفاية إنسانية؟ .

1- حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص 42.
 2- محمد السامي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، (بدون ناشر) سنة 1990، ص 23.
 3- محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 1999، ص 96.
 4- محمد السامي زهرة، المرجع السابق، ص 212. ويضيف: بأنه لا بد من ضمان عدم المساس بسلامة البويضة المخصبة محل البحث والتي تعد من الناحية القانونية في مركز وسط بين الشخص والشئ، إذ هي تخضع لنظرية الاحتمال في وجود واكتساب الشخصية القانونية، ومن ثم كانت مراعاتها وسلامتها واجبة (أنظر في تفصيل ذلك ما جاء الصفحتين 42 و 50).

للإجابة على هذا نقول: بأن الإنسان يعتبر آدمي منذ تكوينه (أي إخصابه) وحياته مكرمة ومحترمة منذ نبضتها الأولى إلى آخر نفس منها بصفتها نفخ من روح الله(1). وتدل الدراسات في علمي البيولوجيا والوراثة أن مقومات الإنسان تظهر منذ اللحظات الأولى من الإخصاب، فالخريطة الكروموزومية للإنسان تتشكل من مجموع المعلومات الجينية المحفوظة في البويضة والسائل المنوي، من ذلك يتشخص بخصوصياته ضمن الجنس البشري ككل منذ التقاء البويضة بالحيوان المنوي، لكن لا يمكن حينئذ الحديث عن إنسان كامل الشخصية باسم وكنس وموطن، بل مجرد إنسان محتمل أو في طور التشكل. ولو أمعنا النظر في هذا الخلاف لوجدناه قائماً إلى يومنا هذا بين من يرى هذه الأجنة المخصبة كالجنين يتمتع بكامل حقوقه وبين من يرى أن الحياة لا تظهر مباشرة مع التكوين بل هي لاحقة عليه.

إن الحديث عن الحق في الحياة يثير أولاً إشكالية معيار تحديده في القانون الوضعي. فقد ورد في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية المصادق عليها في 1966 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة أن الحق في الحياة هو من الحقوق اللصيقة بالإنسان. والطرح نفسه تبنته الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان "حق كل إنسان في الحياة". لكن، كل ما يمكن قوله أن جل المواثيق لم تحدد مضمون هذا الحق ولم تُعرفه بالدقة التي يفترضها القانون. ويظل السؤال مطروحاً حول بداية الحياة، إن كانت تحتسب منذ التلقيح أم منذ الولادة؟

فإذا جردنا هذه اللقائح المخصبة من إنسانيتها فمن الحتمية بمكان - من منظور منهجي - أن نشيئها، ومن ثم يستوجب النظر إليه كمحل للتعاقد مع إمكان التصرف فيه بنفس الكيفيات التي يتصرف بها في نقل عضو الإنسان المتبرع به لفائدة مريض آخر. من المعروف أن زرع الأعضاء (2) يخضع إلى المبادئ التالية: الغاية المرتقب تحقيقها، وتقدير الخطر بالنسبة للمتبرع والمريض،

¹ - أنظر عبد المجيد مزيان، الأصول الروحية في أخلاقيات الطب عند المسلمين، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة 1999.

² - الذي سيكون محل دراستنا في القسم الثاني من هذه الرسالة

والرضا الحر والمتبصر وأخيراً مبدأي المجانية والسرية. و الملاحظ أن تطبيق هذه المبادئ على اللقائح المخصبة خارج الرحم ، لن يكون إلا جزئياً. فالمرأة صاحبة البويضة المخصبة لا تتعرض لأي خطر، بينما الخطر محقق باللقيحة المخصبة، ونفس الشيء بالنسبة للشرط الثالث الذي لا يمكن القبول به على أساس أن المرأة لا يمكنها التصرف في اللقيحة كتصرفها في ممتلكاتها، فإذا اعتبرنا الأم من الوجهة القانونية هي الممثل الشرعي للجنين، فشرط النيابة هي المحافظة على مصالح الممثل ومن باب أولى الحفاظ على أسمى ما يملك وهو الحياة. وعليه فمن جملة هذه الفروق نخلص إلى استحالة تطبيق مبادئ زرع الأعضاء على الجنين⁽¹⁾ .

ما هو مؤكد أن استغلال هذه الأجنة أصبح يثير جملة من التساؤلات الجوهرية؛ فلسفية وسياسية وأخلاقية ودينية وحتى اقتصادية، شبيهة بتلك التي طرحت بصدد التلقيح الاصطناعي والكشف المبكر ما قبل الولادة والاستنساخ. واقتربت هذه الاستفهامات بالأغراض التي يتبعها هذا الاستغلال (علمية، تجارية، صناعية...)، ومن ثم وجب التفكير مبدئياً في تحديد المفاهيم، وترتيب متجانس للحلول المراد إيجادها. ولعل أول مبدأ ينبغي الوقوف عنده هو احترامها وتجنب النظر إليها كمادة مخبرية و يجب أن تحتسب مرحلة الإنضاج والنمو من لحظة الإخصاب خارج الرحم طالما كانت هذه اللقيحة معدة أصلاً للنمو والتشكل، ذلك أن الإعتداء الواقع عليها خلال هذه الفترة يعد السبب الرئيس الذي سلب هذه اللقيحة حقها في النضوج والنمو⁽²⁾.

¹ - عبد الحفيظ أوسكين ، أحمد عمراني ، النظام القانوني للأجنة الزائدة ، مؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 10-12 أبريل 2010 ، المجلد الثالث ، ص 2174
² - عبد الحفيظ أوسكين ، الجنين في ضوء القانون، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2005، ص 38.

المبحث الثالث

ضبط الممارسات على الأجنة المخصبة خارج الرحم

في القوانين البيوأخلاقية المقارنة

عرفت بداية التسعينات صدور بعض القوانين البيوأخلاقية في كل من فرنسا ، وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، من أجل ضبط الممارسات على اللقائح البشرية ، وحذا حذوهم في الدول العربية التشريع التونسي بإصداره القانون المتعلق بالطب الإنجابي سنة 2001 .

الملاحظ أن المشرع الفرنسي كان له السبق في وضع تشريع يتعلق بنظام جسم الإنسان وذلك بموجب القانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 ، حيث أدرج في القانون المدني ، في الفصل الثاني منه بعنوان " احترام جسم الإنسان " ⁽¹⁾ ، وقد أدخل هذا على القانون المدني الفرنسي معظم النصوص التي تشرح المبادئ العامة التي تضمن احترام الجسم البشري ⁽²⁾.

ما يلاحظ بداية أن هناك إجماع من المشرعين البيوأخلاقين على ضرورة إيجاد نظام قانوني خاص ومستقل يحكم كافة الممارسات الماسة بالأمشاج الأدمية مخصبة كانت أو غير مخصبة ، إلا أن مواقفهم لم تتطابق فيما يخص وضع القواعد التفصيلية التي تحكم هذه الممارسات الطبية المستحدثة بالنظر لاختلاف المفاهيم الأخلاقية التي تسود أنظمتهم القانونية .

وسنحاول خلال هذا المبحث الوقوف على ما جاءت به بعض التشريعات البيوأخلاقية بخصوص الممارسات الطبية المستحدثة على اللقائح البشرية ، والأحكام الجزائية المقررة على المخالفات لتلك الضوابط والقيود التي جاءت بها

1 -Loi n° 94 -653 , du 29 juillet 1994 , relative au respect du corps humain . Art. 2 « La loi assure la primauté de la personne , interdit toute atteinte à la dignité de celui-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

2 -J.MASSIP , L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain , à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée , Gaz.Pal.Ns 95-96, 1995. p.2.

بعض التشريعات البيوأخلاقية في كل من فرنسا وبريطانيا ، إضافة إلى ما جاء به قانون الإنجاب الطبي التونسي .

أولاً : التشريع البيوأخلاقي الفرنسي :

تبنى البرلمان الفرنسي في شهر جويلية من سنة 1994 ، ثلاث قوانين سميت " قوانين بيوأخلاقية Lois de Bioéthiques " (1)، وهي: القانون رقم 94-548 بتاريخ 1 جويلية 1994 المتعلق بمعالجة المعطيات المعيارية التي تهدف إلى البحث في مجالات الصحة، وقد جاء معدلاً لقانون سنة 1978، والقانون رقم 94-653 بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان ، والقانون 94-654 بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات من جسم الإنسان وكذا بالمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة ثم في سنة 2004 صدر القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتضمن أخلاقيات العلوم، الذي جاء بأحكام معدلة لقانون الصحة العامة وأحكام جديدة نتعرض لها بشيء من التفصيل خلال هذا المبحث، كما أصدر المشرع الفرنسي في سنة 2006 ، المرسوم رقم 2006-1661 مؤرخ في 22 ديسمبر 2006 المتعلق بالفحص ما قبل الولادة والتشخيص البيولوجي على الخلايا التناسلية المحصل عليها من التلقيح الإصطناعي الخارجي ، وجاء هذا القانون معدلاً لبعض أحكام قانون الصحة العامة .

من المهم الإشارة إلى أن هذه التشريعات لم تولد من عدم ، وإنما كانت نتيجة لمناقشات فقهية منذ مطلع الثمانينات، والتي كانت كلها تصب في توجه واحد يتمثل في حث المشرع على التدخل لمواكبة المستجدات الطبية التي لم يسلم

1 -Les trois lois dites de bioéthique sont : Loi n°94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé , modifiant la loi 78-77 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés , la Loi n° 94 -653 , du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain , et la Loi n° 94 -654 , du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humains , à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal .

منها الإنسان في أدق مكوناته، ومن بينها العمليات ذات الصلة مباشرة بالأمشاج البشرية سواء منها ذات الطابع الطبي العلاجي أو التجاري⁽¹⁾.

ما يهمنا، ونحن بصدد البحث في نطاق الحماية القانونية المقررة للقائح البشرية، أن نقف على ما كفله المشرع الفرنسي لها بوصفها أدق المنتجات البشرية وأكثرها حيوية حيث أصبحت هدفاً للممارسات الطبية المستحدثة .

ولتوضيح ذلك لابد من التعرض لأهم الضوابط القانونية التي تحكم العمليات الطبية والعلمية التي جاء بها القانون الفرنسي، لاسيما القانون 94-654 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات من جسم الإنسان وكذا بالمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة ثم نتعرض فيما بعد للمسؤوليات الجنائية التي رتبها المشرع الفرنسي على المساس بهذه الأمشاج .

تجدر الإشارة إلى أن القانون المذكور، تضمن نوعين من النصوص القانونية : الأولى عامة تتعلق بالأنسجة والخلايا ومنتجات جسم الإنسان ، والثانية خاصة بالمساعدة الطبية للإنجاب والتبرع بالخلايا التناسلية .

أولاً : الضوابط والقيود التي تحكم الأمشاج البشرية

يمكن القول بأن الضوابط والقيود المقررة في التشريعات الفرنسية بخصوص الخلايا التناسلية هي نوعان : الأولى ضوابط تتعلق بعمليات نقل الأمشاج بالتبرع والاستفادة منها ، والثانية تتمثل في ضوابط تحكم الممارسات الطبية والعلمية على هذه اللقائح المخصصة وغير المخصصة سواء لأغراض علاجية أو غير علاجية .

- (أ) الضوابط المتعلقة بنقل الخلايا التناسلية بالتبرع

جاءت الأحكام القانونية بضوابط وقيود تشمل كلاً من المانح والمتلقي ، والأسلوب المعتمد في عملية التبرع بالخلايا التناسلية الملقحة وهو أسلوب التبرع

1 - Gerard Méméteau , Droit Médical, Litec, Paris , 1986 , P 165 et 170 .

من أسرة إلى أسرة⁽¹⁾، حيث اشترط المشرع في المادة 673-2 من قانون الصحة العامة وجود موافقة خطية من أعضاء الأسرة المتبرعة والأسرة المستفيدة، ونص على أنه يمكن الرجوع من قبل الأسرة المستفيدة في أي لحظة قبل إجراء العملية. غير أن الحق في العدول لم يمنحه القانون للعائلة المتبرعة⁽²⁾، والسبب في هذا يرجع إلى أن المشرع أراد ألا يصبح التبرع باللقاح وسيلة للالتزام بأبوة أو أمومة بالوكالة، لهذا اشترط المشرع بأن يكون التبرع من العائلات التي أنجبت سابقاً .

كما أن القانون الفرنسي اعتبر الأصل في عملية الإنجاب الإصطناعي هي بغرض تحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب، إلا أنه وبصفة استثنائية ، نص على جواز التنازل عن اللقاح للغير عندما يكون الزوجان أو أحدهما عقيماً. وحتى يضيفي المشرع نوعاً من "الإنسانية" على اللقحة المتنازل عنها أخضعها لشروط تشبه إلى حد ما للشروط المعمول بها في التبني، إذ ألزم ضرورة توافر الرضا عند المتبرعين وكذا بترخيص من القاضي بالإضافة إلى ضرورة توفر شرطين جوهريين آخرين هما : السرية والمجانبة⁽³⁾.

فالشرط الأول يضمن-في نظر المشرع الفرنسي- الحماية في النسب الشرعي الذي سيربطه بالزوجين العقيمين اللذين استفادا من التبرع. أما المجانبة فهي مسألة أخلاقية بحيث لا يجوز إخضاع الإنسان بما فيه أعضاءه وعناصره ومواده لأي نوع من أنواع التعامل التجاري⁽⁴⁾. ومن بين الشروط الأخرى في التنازل عن اللقاح البشرية، اشترط المشرع خضوع الزوجين المتبرع لهما للقاءات مع السلك الطبي بحضور مختص في علم النفس أو طبيب في الأمراض

1- حيث أن المشرع ألغى المادة 13 من القانون رقم 91-1406 ، المؤرخ في 31-12-1991 المتعلق بالتبرع بالحيوانات المنوية .

2- Art. 673-2 « ... Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur , qui peut être révoqué , avant toute intervention , par l'un ou l'autre des membres du couple »

3- انظر: المادتين 4-152 و 5-152 من قانون الصحة ، والمرسوم 99-925 المؤرخ في 2 نوفمبر 1999 المتعلق باستقبال الأجنة

4 -Guy raymond , Droit de L'enfance et de L'adolescence,France,Litec ,1995, P.78 .

العقلية ، إضافة إلى ذلك اشترط القانون المذكور أن تجرى فحوص على الأبوين البيولوجيين من أجل التأكد أنهما لا يحملان أي مرض. وتقوم المصحات بتحضير سيكولوجي لأسرة العقيم، ويعكف من خلاله المساعدون الاجتماعيون بشرح وتلقين مفهوم الأبوة والأمومة للمستفيدين، والتي هي في رأي المجتمع الغربي قيم مرتبطة أساسا بالحب الذي تكنه للطفل والتربية التي يتلقاها. فالآباء المستفيدون من التبرع هم دائما، من وجهة نظرهم ، «الآباء الحقيقيون» ، أما المتبرعون لا يقدمون سوى خلايا تساعد على الإنجاب فقط.

أما بخصوص الهيئات التي يجوز لها الحصول ، والحفظ ، والتنازل عن الخلايا الملقحة فإن تخضع لإذن، ولا تعطى الموافقة إلا للمؤسسات الصحية عمومية كانت أو خاصة على ألا تهدف إلى تحقيق الربح من وراء ذلك ، وذلك استناداً للشروط المحددة في المواد 1-712 إلى 20-712 من قانون الصحة العامة المتعلقة بالتنظيم والتجهيز الصحي وذلك وفقاً للشروط المحددة بمرسوم مجلس الدولة .

إضافة إلى الشروط السابقة الذكر، فإن الترخيص لا يعطى إلا بعد الحصول على رأي اللجنة الوطنية للطب وعلوم الحياة والإنجاب والتشخيص قبل الولادة⁽¹⁾، وكذلك بعد إيداء رأي اللجنة الوطنية للتنظيم الصحي والاجتماعي. ويمكن أن يتضمن هذا الترخيص نشاطاً واحداً أو عدة نشاطات، وتلتزم كل مؤسسة مرخص لها بتقديم تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى الوزير المكلف بالصحة. أما بخصوص مجانية هذه النشاطات فقد نص القانون على عدم السماح للأطباء بالحصول على أي أجر مقابل الحصول على هذه اللقائح ؛ أو المعالجة؛ أو التخزين ؛ أو التنازل عنها⁽²⁾ .

1-Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal , institué par l'article L.148-3 et du Comité national de l'organisme sanitaire et social .

2- انظر في ذلك :المادة 5-673 من قانون الصحة العامة

- ب) الضوابط التي تحكم الممارسات على هذه اللقاحات سواء لأغراض علاجية أو غير علاجية :

تحسباً لما قد تفضي إليها العمليات والممارسة التي تتم على الخلايا التناسلية من تفويض لنطاق الحماية الجزائية الذي يحيط بهذه المنتجات البشرية، فقد أنشأ المشرع الفرنسي بموجب المادة 184-3 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾، "اللجنة الوطنية للطب وعلوم الحياة والإنجاب والتشخيص قبل الولادة"، ومن أبرز مهامها التثبت من توافر الشروط في طلبات الترخيص التي تتقدم بها المؤسسات الصحية والمراكز التي ترغب في مزاولة عمليات نقل وحفظ اللقاحات واستخدامها، الأمر الذي يجعل من هذه اللجنة المراقب شبه المباشر للممارسات التي تتم في هذه المراكز المرخص لها، كما أن لها الحق في سحب الرخص الممنوحة في حالة مخالفة هذه المراكز للضوابط والقيود القانونية .

فالمشرع الفرنسي، وهو بصدد تحديد الضوابط التي يجب الالتزام بها أثناء الممارسات التي تمس هذه اللقاحات الأدمية، فقد ميز بين الأغراض التي تستهدف تحقيق المصلحة العلاجية، وتلك التي تهدف إلى أغراض غير علاجية أي للبحث والتجريب، كما أنه ضبط عملية استيراد وتصدير المشتقات والمنتجات البشرية بما في ذلك الخلايا التناسلية. وعليه، سنتعرض فيما يلي إلى الأغراض العلاجية من عمليات نقل الخلايا التناسلية، ثم إلى تلك التي تتم بهدف البحث والتجريب .

1- الغرض العلاجي لعملية نقل اللقاح الأدمية : نصت المادة 152-2

من قانون الصحة العامة، على أن المقصود بالمصلحة العلاجية الأساسية من عملية التلقيح الاصطناعي أصلاً هي التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، والمصلحة التي تعود على اللقيحة ذاتها.

كما جاءت أحكام المادة 152-2 صريحة بأن الهدف من التلقيح الاصطناعي هو معالجة العقم، ونصت المادة 152-6 على أن تدخل الغير في

1- أضيفت هذه المادة لقانون الصحة العامة بموجب القانون 94-654، المادة 11 .

عملية التلقيح لا يتأتى إلا بعد ثبوت استحالة إجراء العملية بين الزوجين (1). أما في مجال التبرع باللقاح، فقد نصت المادة 673-1 على أن عملية التبرع بالأمشاج تهدف إلى الإسهام في المساعدة الطبية على الإنجاب، أي بمساهمة الغير. وهذا ما أكدته المادة 152-2 المشار إليها أعلاه .

غير أن القانون لم يربط الاستفادة من اللقاح بقصد الإنجاب بالزوجين فحسب ، بل انسحب هذا الحكم بالإضافة إلى الأزواج ، إلى العشاء والأخلاء بشرط أن تكون تثبت علاقتهما لمدة لا تقل عن سنتين (2) . من هنا يرى البعض بأن مبرر المصلحة العلاجية التي يؤسس عليها مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي لا تستقيم عندما سمح للذين لا تربطهم علاقة زواج صحيحة ودائمة ، باستقبال أمشاج ليحظوا بطفل يعيش بين " أبوين " لا تربطهما بأحدهما أو بكليهما علاقة بيولوجية فعلية (3). من جهة أخرى هل فكر المشرع الفرنسي في مصلحة الطفل الذي سيولد في وسط خال من دفتي الأبوة والأمومة ؟.

2- الغرض غير العلاجي (أغراض البحث والتجارب) نشير في البداية

إلى أن القانون الفرنسي رقم 88-1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988 ، المتعلق بحماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث البيوطبية (4) ، لم يتعرض للتجارب العلمية التي تجرى على الأمشاج البشرية خارج الرحم ، واكتفى فقط بالتعرض للتجارب التي تجرى على المرأة الحامل . ثم جاء قانون الصحة العامة لسنة 1994 ، ونص صراحة في المادة 152 فقرة 8 على منع تخليق أجنة ، (خارج الرحم في أنبوب) ،

1 - L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir (Art.152-6)

2- حيث نصت الفقرة المادة 152-3 في فقرتها الثانية على ما يلي:

3 - L'article L152-2 du code de la santé publique stipule que « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivant , en âge de procréer , mariées ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ... »

4 - Loi n° 88-1138 du 2 décembre 1988 , relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

بغرض إجراء الأبحاث والتجارب العلمية عليها⁽¹⁾ ، غير أنه أورد استثناءً على هذه القاعدة وأجاز إجراء هذه الأبحاث لأهداف طبية، بشرط موافقة صريحة ومكتوبة من الرجل والمرأة صاحبا للقيحة، كما يجب ألا يشكل ذلك مساساً باللقيحة .

وتعليقاً على هذا ، يرى جانب من الفقه ، أن هذا الاستثناء الذي أورده المشرع الفرنسي، بجواز إجراء الأبحاث الطبية على الأمشاج الأدمية خارج الرحم، يكتفه الغموض، ذلك أنه لا يمكن تصور إجراء دراسة على هذه الأمشاج بدون المساس بها، لاسيما وأن هذه اللقائح الأدمية ضعيفة جداً وأي مساس بها سيحدث لا محالة خلافاً يؤدي لا محالة لإتلافها، مما يجعل زرعها بعد ذلك أمراً مستحيلاً⁽²⁾.

ثم أن المشرع الفرنسي جاء بأحكام جديدة في مجال الأبحاث والتجارب على اللقائح البشرية وذلك في القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتضمن أخلاقيات العلوم⁽³⁾ في الباب الخامس المخصص لموضوع الأبحاث على اللقائح الأدمية ، حيث جاءت أحكامه بنص صريح ، في المادة 2151-5 ، على منع إجراء الأبحاث على اللقائح الأدمية ، إلا أنه أجازها وبشكل استثنائي وبترخيص لمدة خمس سنوات من تاريخ نشر مرسوم مجلس الدولة طبقاً لمقتضيات المادة 2151-8⁽⁴⁾.

¹- وقد نص قانون العقوبات الفرنسي في على عقوبة تخليق لقائح أدمية لاستخدامها لأغراض البحث والتجريب وقد جاء نصها كما يلي :

« Le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende. » Art. 511-18 du code pénal

2- Christian Byk , La Recherche sur L'Embryon Humain , J.C.P. n° 29 , du 17 juillet 1996 ,3949, p.293,295.

3 - Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique(J.O. n° 182 du 7 août 2004)

4 - Art. L2151- « Les modalités d'application du présent chapitre sont fixée par décret en Conseil d'Etat, notamment les conditions d'autorisation et de mise en œuvre des recherches menées sur des embryons humains.»

أما عن شروط إجراء الأبحاث على هذه اللقائح فقد نصت عليها المادة 2151-5 من القانون المذكور وهي :

■ الموافقة الصريحة والمكتوبة للزوجين أصحاب هذه الخلايا التناسلية ، وفي حالة وفاة أحدهم تكفي موافقة الآخر . كما منح القانون للزوجين مهلة 3 أشهر للتفكير قبل اتخاذ القرار .

■ ألا تشكل هذه الأبحاث مساساً باللقائح

■ أن تهدف هذه الأبحاث على الأمشاج والخلايا التناسلية إلى تحقيق تطور علاجي مهم .

■ الأبحاث التي لم تتم في الأجل المحددة ، وهي خمس سنوات، يمكن مواصلتها بشرط احترام نظام الترخيص المشار إليه أعلاه.

■ يجب أن تكون هذه الأبحاث على اللقائح فقط في إطار التلقيح الاصطناعي في أنبوب (1) .

ثم نص القانون على شروط وظروف إجراء هذه الأبحاث ، بحيث لا تتم إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الوكالة البيوطبية (2) L'agence biomédecine . وقد ربط القانون منح الرخصة بجملة من الشروط منها : الجدوى العلمية لمشروع الأبحاث ، ومراعاتها لمبادئ أخلاقيات العلوم وفائدتها على الصحة العامة .

3- ضوابط وقيود استيراد وتصدير الخلايا التناسلية. غلقاً لباب خضوع

الأجنة البشرية لدائرة التعامل الصناعي أو التجارية ، فقد نص صراحة على منع إجراء الأبحاث على الأجنة إلا على تلك تنتج وتنشأ في إطار التلقيح

¹ - أراد المشرع بهذا الشرط أن يعلق الباب إنشاء اللقائح خارج إطار عملية الإنجاب الاصطناعي ، وغلق الباب أمام إمكانية تكوين الأجنة البشرية لأغراض أخرى غير تلك التي تهدف إلى تحقيق الإنجاب ليس إلا

² - الوكالة البيوطبية ، هي مؤسسة عمومية إدارية للدولة ، تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة (المادة L.1418-1 من قانون الصحة العامة) ، وقد حددت مهامها في الفصل الثامن من قانون الصحة العامة ، ومنها " ... تقييم نتائج التلقيح الاصطناعي على صحة الأشخاص وعلى الأطفال المولودين بهذه الوسيلة . " كما نص على أن من مهامها ، تشجيع عمليات منح الأعضاء ، والأنسجة البشرية ، وكذا الخلايا التناسلية .

الاصطناعي الخارجي بغرض الإنجاب⁽¹⁾، كما أن المادة 2151-3 نصت صراحة على منع تكوين أجنة بشرية ، بغرض الاستنساخ ، أو الإستعمال لأغراض تجارية أو صناعية .⁽²⁾

غير أن المشرع الفرنسي ، الذي منع أي استيراد وتصدير للأجنة البشرية ، بموجب القانون 2000-156 المؤرخ في 23 فبراير 2000 ، المعدل لقانون الصحة العامة والمتعلق بتنظيم عمليات استيراد وتصدير الأعضاء والأنسجة ومشتقاتها والمنتجات البشرية⁽³⁾، حيث نص على عدم جواز خضوع اللقائح البشرية لعمليات التصدير والاستيراد⁽⁴⁾ ، عاد ورخص باستيرادها وتصديرها بموجب القانون 2004-800 المتعلق بأخلاقيات العلوم من أجل إجراء البحوث عليها⁽⁵⁾. وقد أخضع عملية الاستيراد والتصدير للترخيص المسبق من الوكالة البيوطبية، وعلى شرط أن تتم العملية في إطار احترام المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة 16 إلى 16-8 من القانون المدني ، وذلك في الفصل الثاني بعنوان " احترام الجسم البشري " المعدل بموجب القانون 94-653 بتاريخ 29 جويلية 1994.

من خلال قراءتنا للتطورات التي مر بها التشريع الفرنسي في هذا الإطار، نلاحظ أنه تم تسجيل تراجع عن المبدأ العام القاضي بعدم إجراء التجارب والأبحاث العلمية على اللقائح الأدمية، وترخيصه فقط لنمط معين لا يتجاوز حدود الدراسة الطبية (المادة 158-8 من قانون الصحة العامة). ثم أنه في إطار

¹ - « Une recherche ne peut être conduite que sur les embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental ... » (Art.L2151-5 de la loi 2004-800 relative à la bioéthique.)

² - وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 152-7 من قانون الصحة العامة لسنة 1994

³ - Décret n° 2000 – 156 du 23 février 2000 , relatif à l'importation et à l'exportation d'organes , de tissus et de leurs dérivés , de cellules du corps humain , à l'exception des gamètes , et de produits de thérapie génique et cellulaires .

⁴ - تجدر الإشارة إلى الجمعية البرلمانية لمجلس الإتحاد الأوروبي في توصيتها رقم 100 بتاريخ 1989/2/2 أعلنت أن شراء وبيع الأجنة وكذلك استيرادهم أو تصديرهم يجب أن يكون ممنوعاً منعاً باتاً .

⁵ - « L'importation de tissus ou de cellules embryonnaires ou fœtaux aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'agence de la biomédecine... » Aussi l'exportation est soumise aux même conditions que l'importation (Art.L2151-6 de la loi n0200-800 relative à la bioéthique)

القانون 2004-800 المتعلق أخلاقيات العلوم ، تراجع عن هذا المبدأ وخصص بإجراء التجارب عليها بشروط ، كما أسلفنا .

أما بخصوص استيراد وتصدير اللقاح الأدمية ، فبعد أن منع خضوعها لهذه العمليات، بموجب قانون 2000-156 ،المشار إليه آنفاً ، نراه عاد وأجازها بموجب قانون أخلاقيات العلوم لسنة 2004 . ويرجع بعض الفقهاء سبب ذلك إلا أن هذا التراجع جاء تحت تأثير ما أصدره مجلس الدولة الفرنسي من توصيات في تقريره الصادر في 25 نوفمبر 1999، والخاص بمراجعة القوانين البيوأخلاقية ،وتوصيات سابقة للجنة القومية الاستشارية لأخلاقيات العلوم الإحيائية وذلك في تقريريهما رقمي 52 و 53 في 11 مارس 1997 ⁽¹⁾ . وجميع هذه التوصيات كانت تصب في اتجاه ضرورة التخفيف من الحظر الوارد في المادة 158-8 من قانون الصحة العامة ،المشار إليها آنفاً .وقد بررت توصياتهما إتاحة الفرصة أمام الباحثين لاكتشاف وابتكار وسائل علاجية جديدة وفاعلة خصوصاً في مجال الزراعات العضوية والمضادات الخلوية.

من المفيد الإشارة إلى أنه طبقاً لأحكام قانون الصحة العامة لسنة 1994 ، فإن اللقاح الأدمية باعتبارها من المنتجات البشرية، فإنها تخضع لجملة من الضوابط والقيود نصت عليها المادة 665 في فقرتها من 10 إلى 13 ومنها : مبدأ حظر الإعلانات التجارية الداعية للتبرع لفائدة أشخاص أو مؤسسات ، ومبدأ حظر تلقي أي مقابل مهما كان شكله مقابل التبرع بأحد أعضاء أو مشتقات أو منتجات الجسم البشري .

ثانياً : المسؤوليات الجنائية التي رتبها المشرع الفرنسي على المساس

بهذه الأمشاج :

جاءت نصوص القوانين الفرنسية ذات الصلة بموضوع اللقاح الأدمية ، وما يقع عليها من اعتداءات جراء الممارسات الطبية والعلمية المختلفة، بمجموعة من الأحكام تعالج صور انتهاك ومخالفة القيود والضوابط القانونية التي وضعها

المشرع لتحكم مختلف أنماط الممارسات الماسة بهذا النوع من العناصر البشرية.

ونجد هذه الأحكام الجزائية في كل من قانون الصحة العامة لسنة 1994 ، و قانون العقوبات المعدل بموجب القانون البيوأخلاقي لسنة 2004 ، والتي يمكن تصنيفها في طائفتين هما : جرائم مخالفة الضوابط القانونية المتعلقة بأطراف الممارسة التي تقع على اللقائح الأدمية، وجرائم مخالفة الممارسات الطبية والعلمية الماسة باللقائح الأدمية :

1- جرائم مخالفة الضوابط القانونية المتعلقة بأطراف الممارسة

نص قانون الصحة العامة لسنة 1994، المعدل والمتمم بموجب القانون البيوأخلاقي لسنة 2004 ،على شرطين أساسيين يجب توفرهما في عمليات نقل اللقائح الأدمية ورتب على المخالفين أحكاماً جزائية، وهما: شرط الموافقة والرضا ، و شرط عدم إفشاء المعلومات وخرق مبدأ الكتمان .

(أ) - العقوبات المترتبة على مخالفة شرطي الموافقة والرضا المستنير:

أخضع المشرع الفرنسي عملية نقل اللقائح الأدمية إلى الموافقة والرضا الحر والمستنير كشرط أساسي لأجراء هذه العمليات سواء بالنسبة للمانح أو المتلقي لهذه اللقائح في إطار عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي ، ورتب على عدم توفرهما عقوبات نص عليها في كل من قانوني الصحة العامة وقانون العقوبات وهذا كما يلي :

- نصت المادة 511-6 من قانون العقوبات على أن كل من قام بعملية جمع أمشاج الغير أو أخذها دون أن يكون هناك موافقة مكتوبة ممن تؤخذ أمشاجه، يعرض لعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 75.000 أورو .

- ونصت المادة 511-16 على معاقبة كل مخالف للضوابط القانونية التي جاءت بها المادة 152-4 و 152-5 من قانون الصحة العامة ، وتتمثل في شرط الموافقة المكتوبة من قبل الزوجين المانحين أو أحدهما في حالة الوفاة ، وكذلك شرط الموافقة من قبل المتلقين للقيحة على إجراء عملية التخصيب والتي يجب أن

تكون موثقة ومكتوبة طبقاً للترتيبات التي نص عليها المرسوم المتخذ من قبل مجلس الدولة المتعلق باستقبال اللقاح سنة 1999⁽¹⁾ . وبالتالي فكل مخالفة لتوفر شرطي الموافقة والرضا المستتير لأطراف العملية ، لاسيما بالنسبة للمتلقين الذين يجب إحاطتهما بعواقب عملية التلقيح بأمشاج الغير وإنجاب طفل لا تربطه به علاقة بيولوجية أصيلة.

أما بالنسبة للمتازلين عن اللقيحة لفائدة الغير فإن تبصيرهما يتمثل في إحاطتهما علماً بالآثار القانونية المترتبة على تنازلهما لاسيما انقطاع كل صلة لهما باللقيحة المتنازل عنها . ونص القانون على أن واجب تبصير الأطراف يقع على عاتق الفريق الطبي ، وقد نصت على ذلك أحكام المادة إحدى عشر من مرسوم مجلس الدولة لسنة 1999 المشار إليه، والتي نصت على أن تبصير أطراف عملية التلقيح يقع على عاتق الفريق الطبي الممارس لعملية نقل الأمشاج، ويتمثل أساساً بإبلاغهم بكافة العواقب والنتائج المترتبة على تلقى اللقيحة والتنازل عنها، ومن ثم فإن عدم احترام الإجراءات المنصوص عليها في المادة 152 الفقرة 4 و 5 ، يخضع المخالفون للعقوبات المنصوص عليه في المادة 511-16 من قانون العقوبات⁽²⁾.

ب) - العقوبات المترتبة عن إفشاء المعلومات وخرق مبدأ السرية:

يهدف المشرع إلى تثبيت وصف الأمومة والأبوة للمتلقين، وقطع كل رابطة قانونية للمانحين باللقيحة المتنازل عنها، وتحقيقاً لهذا الغرض فقد ألزم المشرع الممارسين لهذا النشاط بإخفاء المعلومات الخاصة بالمانحين والمتلقين تحت طائلة أحكام المادة 511-10 من قانون العقوبات التي نصت معاقبة إفشاء أي معلومة من شأنها التعرف على هوية المتنازل أو المتلقي للقيحة بالحبس لمدة سنتين ، وغرامة 30.000 أورو .

¹ - Voir décret du conseil d'Etat, n°99-925 du 2 novembre 1999, relatif à l'accueil de l'embryon, et modifiant le code de la santé publique. (J.O du 6 novembre 1999)

² -Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L.153-4 et L.152.5 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende (Art.511-16 du code pénal).

2- جرائم مخالفة الممارسات الطبية والعلمية للضوابط القانونية :

يمكن تصنيف الجرائم الماسة باللقاح تبعاً لمخالفة هذه الممارسات للقيود والضوابط القانونية التي تضمنها قانون الصحة العامة والقوانين البيوأخلاقية الفرنسية والتي يمكن تحديدها في الجرائم التالية :

أ) - جرائم عدم احترام الضوابط العلاجية في نقل اللقاح الأدمية :

سبق أن أشرنا إلى حرص المشرع الفرنسي على المصلحة العلاجية لعملية التلقيح الاصطناعي، وهي التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما ، حيث حددت المادة 152-2 من قانون الصحة العامة مبررات إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي وهي للتغلب على مشكلة العقم ولتحقيق الإنجاب، أو لتلافي انتقال مرض خطير للطفل الذي سوف ينجب باللقحة المزمع حملها والمرغوب في تكوينها ، وبالتالي فإن المادة 511-24 من قانون العقوبات نصت على عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 75.000 أورو كل من قام باستئجار الرحم والحمل نيابة عن الزوجة لدواعي أخرى مثل انشغال الزوجة بالعمل ، أو للحفاظ على لياقتها البدنية ، فمثل هذه الأسباب غير مقبولة ومبررة للقيام بالحمل بمساهمة الغير وبالتالي فإن إجراءها يعد فعلاً مجرمًا يخضع فاعلها للعقوبة المذكورة.

وفي نفس السياق ، نصت المادة 665-15 من قانون الصحة العامة على وجوب إجراء اختبارات التقصي عن احتمال وجود أمراض معدية وقابلة للانتقال في اللقاح قبل إجراء عملية التلقيح⁽¹⁾، وعليه فقد رتب المشرع بموجب نص المادة 511-11 من قانون العقوبات على كل من يقوم بتحصيل اللقاح الأدمية دونما تثبت من سلامتها بالحبس لمدة سنتين وغرامة 30.000 أورو.

¹ - نصت المادة 665-15 على أن شروط إجراء الاختبارات على الأعضاء والمنتجات البشرية وغيرها تحدد بموجب مرسوم يصدره مجلس الدولة.

(ب) - جرائم استخدام اللقائح لأغراض صناعية أو تجارية :

• فبخصوص جرائم الاتجار باللقائح الأدمية بيعاً وشراءً ، فقد نصت المادة 9-511 من قانون العقوبات على عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة 75.000 أورو لكل من قام بتحصيل الخلايا التناسلية المجردة ، لقاء مقابل مادي، وأيضا كل من قام بأعمال الوساطة والسمسرة بتسليم خلايا تناسلية لقاء مقابل مادي سُلمت مجاناً. وقد استثنى من ذلك المبالغ التي تدفع للمؤسسة والمراكز الطبية النشطة في هذا المجال مقابل عمليات: التحصيل والجمع والحفظ. ويجدر التنبيه إلى أن المشرع الفرنسي شدد العقوبات، حيث نص على الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة 100.000 أورو ، عندما تكون عمليات التنازل بمقابل أو القيام بالوساطة والسمسرة التي تكون محلها الأمشاج الأدمية المخصصة Embryons humains.

• أما بخصوص جرائم الاستغلال الصناعي لللقائح الأدمية ، فقد تضمن القانون البيوأخلاقي لسنة 2004 ، حكماً يقضى بعدم جواز تخليق الأجنة لأغراض تجارية أو صناعية(المادة 2151-3) (1). وتتحقق هذه الجريمة بأن يعمد الباحث في المختبر إلى تلقيح البويضة داخل أنبوب الاختبار بغرض تكوين لقيحة آدمية لأغراض استعمالها في الصناعة التكنولوجية الإحيائية، وذلك بدمجها في مركبات أخرى لإنتاج دواء ذو أصل آدمي يجنى من ورائها أرباحاً . وقد قررت المادة 17-511 من قانون العقوبات لهذه الجريمة عقوبة الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة 100.000 أورو. ولم يكتف المشرع، بتجريم عملية تخليق الأجنة لأغراض تجارية وصناعية، بل نص أيضاً على تجريم عملية التخليق لأغراض الأبحاث والتجارب العلمية وقرر لها عقوبات في المادة 18-511 .

¹ - « Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé , à des fins commerciales ou industrielles » . Art. 2151-3 de la loi 2004-800 relative à la bioéthique.

وبعدما نص قانون العقوبات على أنواع الأفعال التي تشكل مساساً باللوائح الأدمية، نص على العقوبات التكميلية التي يتعرض لها الأشخاص الممارسون ، وهي المنع من ممارسة المهنة لمدة أقصاها عشر سنوات. كما أنه يمكن للأشخاص المعنوية أن تتعرض لعقوبات الغرامة ، وعقوبات تكميلية طبقاً لما هو وارد في الفقرة 2 من المادة 131-39 من قانون العقوبات وهي: المنع بصفة نهائية أو لمدة خمس سنوات على الأكثر من الممارسة بشكل مباشر أو غير مباشر لواحد أو أكثر من النشاطات المهنية أو الاجتماعية .

ج) - الجرائم ضد الجنس البشري :

في الفصل الرابع ، من القانون البيوأخلاقي لسنة 2004 ، وتحت عنوان تدابير جزائية ، عدل المشرع الفرنسي الكتاب الثاني من القسم الأول من قانون العقوبات ، الذي أصبح تحت تسمية " الجرائم ضد الإنسانية والجنس البشري " . وقد نص فيه على تجريم الممارسات التي تهدف إلى تحسين النسل Les crimes d' eugénisme وكذا الاستنساخ. Le clonage وفيما يلي سنتعرض لكل من الممارسات التي من شأنها تحسين النسل أو التي تهدف إلى الاستنساخ مع تبيان التدابير الجزائية التي أقرها المشرع الفرنسي لمثل هذه الأفعال .

أولاً : تحسين النسل L'eugénisme

(1)- تعريف تحسين النسل : هو حركة أو مذهب أو اتجاه يضم أفكاراً أو أنشطة تهدف إلى تحسين نوعية البشر عن طريق معالجة العيوب الوراثية للمرضى (اليوجينيا الإيجابية) أو التخلص منهم وتصفيتهم (اليوجينا السلبية)⁽¹⁾ وهو: " دراسة جميع قوانين الوراثة التي يمكنها تحسن العرق الإنساني " . ويعود إطلاق مصطلح " تحسين النسل " إلى فرانسيس جالتون (Francis Galton) ، ابن خال شارلز داورين(Charles Darwin) في القرن التاسع

¹ - كارم السيد غانم ، الاستنساخ والإنجاب بين العلماء وتشريع لسماء ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 333 سنة 1418 هـ .

عشر، ويصنف إلى : علم تحسين النسل السلبي ويتضمن القضاء بطريقة نظامية على ما يسمى الصفات البيولوجية غير المرغوب فيها، وعلم تحسين النسل الإيجابي الذي ينصب على استخدام التنشئة الانتقائية لتحسين خصائص الكائنات أو السلالات (1).

ومنذ مطلع القرن العشرين وحتى الأزمة الاقتصادية في الثلاثينات ، تبنت معظم النخب الفكرية في الولايات المتحدة الأمريكية مبدأ " تحسين النسل " على أنه العلاج الناجع لكل الفروقات الاقتصادية والعلل الاجتماعية التي كانت تهدد حينها بنية المجتمع الأمريكي. وقد تعزز ذلك في الوقت الذي زاد فيه إحباط الإصلاحيين شيئاً فشيئاً بسبب عدم قدرتهم على التعامل بفاعلية مع مشكلات الفقر والجريمة والاضطرابات الاجتماعية المستفحلة في المجتمع الأمريكي " (2).

(2) - موقف المشرع الفرنسي منه :

اعتبر قانون أخلاقيات العلوم الفرنسي، المعدل لقانون العقوبات أن ممارسات عمليات تحسين النسل جنائية، وقد نصت المادة 214-1 على ما يلي كما يلي: " كل عمل يهدف إلى تنظيم وانتقاء الأشخاص بالسجن لمدة ثلاثين سنة وغرامة 7.500.000 أورو " (3).

وعلى الرغم من النص على التجريم للممارسات التي تهدف إلى تحسين النسل ، فإن رئيس اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاقيات الفرنسية ديديي سيكار Didier Sicard ، صرح لجريدة لوموند Le monde ، بتاريخ 5 فبراير 2007 ، بأن فرنسا تسير في واقع الأمر خطوة بخطوة نحو سياسة صحية تتجه أكثر

1 - جيرمي ريفكن ، المرجع السابق ، الصفحة 159.

2 - جيرمي ريفكن ، المرجع نفسه ، ص 161 .

3 - Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7.500 000 euros d'amende .

فأكثر نوح تحسين النسل (1). وهي الطروحات نفسها التي قدمها في الملتقى الدولي بالأكاديمية البابوية للحياة ، بروما ، يومي 20 و21 فبراير 2009 في محاضرة بعنوان " الحدود الجديدة لعلم الوراثة ومخاطر تحسين النسل " ومما جاء فيها أن إجراءات الكشف قبل الولادة Prénatal يهدف إلى الانتقاء وليس للعلاج ، وأن هذا الكشف ينبئ بأفق مرعب .

ثانياً : الاستنساخ Le clonage

الاستنساخ (2): (Cloning) ، يتم بأن تؤخذ البويضة من الأنثى وتسحب منها النواة ، وتؤخذ نواة خلية من الذكر (ليست نطفة) فتلقح بها البويضة التي نُزعت نواتها وتعرض الخلية الحاصلة بطرق خاصة على الانقسام ، وبعد أن تشرع بالانقسام تزرع في الرحم . وبهذا يكون الجنين صورة طبق الأصل للذكر الذي أخذت النواة من خليته ، لأن الخلية تحمل كامل صفاته. وقد نجحت هذه الطريقة في أنواع عديدة من الحيوانات كالضفادع وغيرها ، وأما في الثدييات فقد نجحت لأول مرة في عام 1997 وأصبح تعرف بالنعجة دولي Dolly (3).

فكلمة استنساخ clone تستخدم في سياقات عديدة مختلفة في الأبحاث البيولوجية ولكنها في أبسط معانيها وأكثرها تحديداً تشير إلى نسخة وراثية مطابقة تماماً لأحد الجزئيات أو لخلية أو نبات أو حيوان أو إنسان(4) .

1 - « La France construit pas à pas une politique de santé qui flirte de plus en plus avec l'eugénisme [...]. Je suis persuadé que si la France avait été confrontée, à l'occasion d'un régime nazi, à des pratiques eugénistes similaires, elle répugnerait aujourd'hui à s'engager sur une pente particulièrement dangereuse. La vérité centrale est que l'essentiel de l'activité de dépistage prénatal vise à la suppression et non pas au traitement. Ainsi, ce dépistage renvoie à une perspective terrifiante : celle de l'éradication» *Entretien du Pr. Didier Sicard, Président du comité consultatif national d'éthique, avec Jean -Yves Nau , le monde 5 février 2007 .*

2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 382.

3 - أعلن عن نجاح أول عمليات استنساخ في الحيوانات في شهر فبراير سنة 1997 ، على يد العالم الاسكتلندي (lan Wilmut) ، وزملائه في معهد روزلن التابع لجامعة أدنبرة ، حيث ولدت أول نعجة بهذه الطريقة وسميت Dolly أي الدمية .

4 - مارتاسي نسيوم و كاس .رسانشتين ، استنساخ البشر : الحقائق والأوهام ، ترجمة مصطفى إبراهيم فهمي ، مكتبة الأسرة ، 2003 ، ص 30.

وتكاد تجمع أغلب التشريعات على تحريم تطبيقه على البشر، لأن الأمر -كما صرح الرئيس الأمريكي الأسبق كلنتون-، يتنافى مع معجزة الحياة البشرية والشخصية الفردية التي منحها الله لكل شخص. كما أدانته منظمة الصحة العالمية على لسان مديرها ، معللاً ذلك بأنه أمر غير مقبول أخلاقياً وفيه انتهاك لبعض المبادئ الأساسية التي تحكم الإنجاب ، ويتنافى مع كرامة الإنسان وحماية سلامة مورثاته...⁽¹⁾.

واستجابة لطلب الأوساط السياسية أمر الرئيس كلنتون بحظر مؤقت على التمويل الفيدرالي لأبحاث الاستنساخ، ثم أنه طلب بعد ذلك من رئيس جامعة برنستون أن يرأس فريق مراجعة متميز من اللجنة القومية الاستشارية لأخلاقيات البيولوجيا لتخطيط الاستجابات القانونية والسياسية للاستنساخ بعد أن تؤخذ في الحسبان الهواجس الأخلاقية والدينية التي أثرت حول ممارسته، وتم إعداد التقرير في حينه الذي تضمن توصيتين هما ⁽²⁾ :

1- استمرار وقف التمويل الفيدرالي للأبحاث الهادفة لخلق طفل بالنقل النووي لخلية جسدية " أي الاستنساخ " .

2-مطالبة الشركات، والعيادات، والباحثين والجمعيات المهنية في القطاع الخاص والقطاعات غير الممولة فيدراليا بأن تستجيب متطوعة لأهداف وقف التمويل الفيدرالي ، وينبغي على الجمعيات المهنية والعلمية أن تجعل من الواضح أن أي محاولة لتكوين طفل بالنقل النووي لخلية جسدية والغرس في جسد امرأة سيكون في وقتنا هذا عملاً غير أخلاقي وغير مهني .

وفي سنة 2001 ، صدر قانون حظر عمليات الاستنساخ البشري ، وذلك بموجب قانون 31 جويلية 2001 (Humain Cloning Prohibition Act.2001) ،

¹ - علي محمد يوسف المحمدي ، بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة ، الطبعة الأولى ، شركة دار النشر الإسلامية، بيروت ، 2005 ، ص 248 .

² - مارتاسي.نسبوم وكاس.ر.سانشتين ، المرجع نفسه ، ص 279 .

وبهذا يكون المشرع الأمريكي قد فصل في أشد الممارسات العلمية خطورة وأكثرها إثارة للجدل ، وجعل من الفعل جريمة يعاقب عليها جزائياً ومدنياً⁽¹⁾. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا القانون ، على أنه " يقصد بالاستنساخ البشري إعادة إنتاج الجنس أو الفيصل الأدنى عن طريق وضع نواة الخلية المستأصلة من شخص أو أكثر في البويضة الأنثوية مخصبة كانت أو غير مخصبة ، وذلك بعد انتزاع نواتها الأصلية أو تثبيطها بغرض إنتاج كائن عضوي في أي مرحلة من مراحل تطوره مطابقاً تماماً لكائن بشري موجود أو سبق وجوده "

أما المشرع الفرنسي، قد نص في قانون أخلاقيات العلوم، المعدل لقانون العقوبات أن العملية التي تهدف إلى استنساخ طفل مع آخر حي أو ميت، تعد جريمة يعاقب عليها بالسجن لمدة ثلاثين سنة وغرامة 7.500.000 أورو⁽²⁾.

ثانياً : التشريع البيوأخلاقي البريطاني

مقارنة مع ما جاء به التشريع الفرنسي في مجال الحماية القانونية المقررة للأمشاج البشرية بوصفها أدق المنتجات البشرية وأكثرها حيوية ، فإن التشريع البريطاني الخاص بعمليات التخصيب وعلم الأجنة الصادر سنة 1990⁽³⁾ ، لم يرتقى في الدقة والتنظيم التي تميز بها التشريع الفرنسي .

غير أن التشريع البريطاني يتميز مع ذلك في بعض الجوانب على التشريع الفرنسي، في مجال تحديد المصطلحات ووضع التعريفات المنضبطة، كتمييزه بين اللقائح المجردة والأمشاج ، كما وضع معياراً زمنياً محدداً تبدأ عنده مرحلة اكتساب اللقيحة وصف الجنين وبالتالي دخولها نطاق أوسع من الحماية الجنائية يمنع معها الكثير من الممارسات التي كان يسمح بها قبل بلوغ هذا الفاصل

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 371

2 - « Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7500 000 euro d'amende ». Art. 214-2 de la loi 2004-800 relative à la bioéthique

3 - Human fertilisation and Embryology act 1990 (C.37,1st November 1990) .

الزمني ، كما أنه لم يفت المشرع البريطاني أن يبين بوضوح متى تكون المرأة حاملاً في ظل عمليات نقل الأمشاج واللقاح الأدمية⁽¹⁾ .

ومن خلال دراستنا ، للضوابط القانونية التي جاء قانون بها الإخصاب وعلم الأجنة البريطاني الصادر في سنة 1990 ، سوف نتعرض أولاً إلى المقصود باصطلاح الأمشاج واللقاح الأدمية وبيان مراحل التخصيب ، ثم إلى أنماط النشاطات الطبية والعلمية الماسة بالأمشاج الأدمية ، وأخيراً نتعرض للممارسات التي صنفها المشرع البريطاني ضمن طائفة الجرائم الماسة بالأمشاج واللقاح الأدمية في هذا القانون .

أولاً: تحديد المقصود بالأمشاج واللقاح الأدمية :

حددت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون 1990 المقصود باللقحة في تطبيق أحكام هذا القانون ، البويضة الأنثوية المجردة (أي غير المخصبة) طالما كانت قد دخلت في أطوار ومراحل عملية التخصيب ولو لم تكتمل هذه العملية بعد ، وفي جميع الأحوال فإن عملية التخصيب لا تعد قد اكتملت إلا بظهور الاندماج بين الحيوان المنوي الذكري والبويضة الأنثوية .

وقد استثنى القانون البويضة الأنثوية (غير المخصبة) أثناء دخولها مراحل وأطوار عملية التخصيب ، واعتبرها بمثابة اللقحة الأدمية ، والعلة في ذلك ، كما يرى البعض⁽²⁾، ما أسفرت عنه بعض الممارسات العلمية المستحدثة من كشف أهمية البويضة ، ومكنة تخليق لقاح أدمية من خلالها دونما حاجة إلى الحيوان المنوي الذكري وذلك عن طريق تفريغ البويضة من نواتها الخلوية ومن ثم تلقيحها بنواة خلية مستأصلة من الكيان الجسدي المراد نسخه ، وهو ما يعرف بالاستنساخ ، كما أشرنا إلى ذلك .

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق، ص 338 .

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع نفسه ، ص 340 .

ثانياً: أنواع الممارسات الطبية الماسة بالأمشاج واللقائح الأدمية.

حصر المشرع البريطاني هذه النشاطات في ثلاث طوائف : الممارسات ذات الطابع العلاجي ، والممارسات الهادفة إلى حفظ واستخدام اللقائح ، والنشاطات المتصلة بالبحث والتجريب .

1- الممارسات ذات الطابع العلاجي : نصت الفقرة السادسة من المادة الثالثة عشر من قانون 1990، على حظر استعمال اللقائح المجرد (غير المخصبة) أو اللقائح المخصبة ، لأغراض علاجية (أي الإنجاب الاصطناعي) طالما لم تستوف الشروط القانونية التي تجعل منها موافقة نهائية منتجة للأثر المبيح الذي يمكن من استخدام اللقائح سواء المجردة منها أو المخصبة وفقاً لشروط فصلها القانون في جدول ملحق بهذا القانون.

2- نشاطات حفظ وتخزين الأمشاج: ميز القانون البريطاني في المادة الرابعة عشر بين اللقائح المخصبة وغير المخصبة ، حيث نص على أنه يمكن حفظ وتخزين اللقائح غير المخصبة (بويضة أو حيوان منوي) لمدة لا تتجاوز عشر (10) سنوات ، أما المخصبة فيمكن تخزينها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات ، ثم أورد حكماً بخصوص مصير هذه اللقائح المخزنة بعد انتهاء المدة القصوى المسموح بها للتخزين ، حيث نص على وجوب إتلافها .

3- ممارسات الأبحاث والتجارب العلمية : تضمنت المادة 15، من قانون 1990 ، على إباحة إجرائها ونصت على قيود التي يغلب عليها الطابع التنظيمي ، وأهم ما جاء بها من قيود هو حظر حفظ أو استخدام اللقيحة الأدمية المخصصة لأغراض البحث العلمي في أي غرض آخر خارج نطاق هذا التخصيص . ويفهم من هذا أن اللقائح التي تحفظ على أساس استخدامها لأغراض البحث والتجارب لا يمكن استخدامها لأغراض أخرى كتلقيح الغير بها بعد إنضاجها. وإن كان قد

تراجع ، كما أسلفنا سنة 1994 حيث رخص باستعمالها في إطار ما يعرف بالحمل لحساب الغير ⁽¹⁾.

ثالثاً: جرائم المساس باللقائح الأدمية

يمكن تحديد أحكام المسؤولية الجزائية الناشئة عن الأفعال الماسة باللقائح الأدمية كما يلي :

1- جرائم ناشئة عن ممارسات خطيرة ⁽²⁾.

من قبيل هذه الممارسات هو تلقيح امرأة بمشيج غير آدمي ، أو تلقيح حيوان بمشيج آدمي مخصب ، ولاشك أنها من الممارسات الخطرة ، ولا ريب أن منع القانون البريطاني هذا النوع من الممارسات يؤكد بأنه واقع ملموس في بعض المخابر ، وقد قرر لمثل هذه الأفعال ، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 41 من قانون 1990 ، الحبس لمدة أقصاها عشر سنوات أو الغرامة أو كلتا العقوبتين معاً

2- جرائم مخالفة القيود التي تحكم الممارسات الطبية على اللقائح.

جرم قانون 1990 مجموعة من الأفعال الناتجة عن مخالفة القيود الواردة في قانون الإخصاب وهي كما يلي:

♦ بخصوص الممارسات ذات الطابع العلاجي : فقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون 1990 ، والمتعلق بعدم جواز نقل الأمشاج المجردة بغرض المساعدة في التخصيب والحمل على نحو يخالف الضوابط المقررة في القانون والتراخيص الممنوحة لهذا الغرض .

♦ فيما يخص حفظ اللقائح الأدمية : نصت المادة الثالثة على أنه لا يجوز حفظ أو استخدام اللقيحة الأدمية متى ظهرت عليها علامة التشكل الأولى (Primitive Streak) . تلك العلامة يعد وجودها متحققاً بتمام مرور فترة زمنية يبلغ حدها الأقصى 14 يوماً يبدأ حسابها منذ بداية اليوم الذي تم فيه اختلاط الخلايا التناسلية الذكرية والأنثوية.

¹ - بموجب تنظيم سنة 1994 بعنوان تنظيم الأبوة الشرعية .

² - نص عليها الفقرتين 2 و3 من المادة الثالثة من قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية لبريطاني عام 1990.

♦ وبخصوص الاستنساخ البشري (Human Cloning) ، فقد جاءت المادة الثالثة من قانون 1990 بحظر واضح وصريح على إجراء عمليات الاستنساخ البشري ، حيث نصت على أنه لا يجوز القيام باستبدال نواة خلية اللقيحة الأدمية أو أي من أطوارها اللاحقة بنواة خلية أخرى تم استئصالها من أي شخص .

غير أن هذا القيد الخاص بممارسات الأبحاث والتجارب على اللقائح الأدمية ، قد أورد عليه المشرع البريطاني استثناءً ، بموجب تعديل قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية لسنة 1990 ، حيث أقر مجلس اللوردات في 22 جافني 2001 ، جواز القيام بممارسة الاستنساخ (Cloning) ، على اللقيحة الأدمية التي لم تتجاوز عمرها 14 يوماً ، يبدأ حسابها من تاريخ الإخصاب ، شريطة أن يكون الهدف من ممارسة الاستنساخ هو تحقيق مصلحة علاجية وغاية طبية ، وهو ما عرفه "بالاستنساخ البشري العلاجي" ، ومن أمثلة ذلك علاج بعض الأمراض كالشلل الاهتزازي (Parkinson) حيث أن الأبحاث تهدف إلى حقن دماغ المصاب بنوع معين من الخلايا العصبية المأخوذة والمنسوخة من اللقيحة الأدمية ويرى البعض أنه مهما كانت فوائد الاستنساخ العلاجي (Therapeutic Human cloning) ، فإن السؤال الكبير الذي يثور في كل مرة هو: هل يكفي وجود فوائد طبية وعلمية متوقعة لإباحة المساس بالأمشاج واللقائح الأدمية بذرة التكوين الأولي للإنسان؟ ومن جهة أخرى من يملك سلطة تقرير وقف تكون وتشكل الكيان البشري الذي ظهر بالفعل على هيئة لقيحة تحمل في خلاياها كافة خواص الكيان البشري التي تؤهلها لأن تتطور لتصبح إنساناً حياً ذا كيان جسدي سوي ومتكامل؟⁽¹⁾.

أما عن العقوبات المقررة ، لهذه الأفعال ، فنلاحظ أن القانون البريطاني قد ساوى في العقوبة بين هذه النماذج الجرمية التي ذكرناها ، على الرغم من

¹ - مهند صلاح أحمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 348

تفاوتت خطورتها ، وقرر في الفقرتين 2و4 من المادة 41 من قانون 1990 ، عقوبة الحبس لمدة عامين أو الغرامة أو كلتا العقوبتين معاً .

3- جرائم الاتجار باللقائح الأدمية :

نصت الفقرة الثامنة من المادة 41 من قانون 1990 على أنه يعد مسئولاً جنائياً الشخص الذي يقوم بدفع أو تلقي مبالغ مالية أو أي منافع مادية أخرى لقاء التسليم أو الحصول على لقائح أدمية بالمخالفة لما تقتضى به وتسمح به السلطة المختصة بتنظيم نشاطات الإخصاب وممارسة علم الأجنة البشرية . وقد قررت في فقرتها التاسعة عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز الستة أشهر أو الغرامة بحد أقصى لا يتجاوز المستوى الخامس وفقاً للتقدير القانوني أو كلتا العقوبتين معاً.

ثالثاً : التشريع البيوأخلاقي التونسي

لقد قطع التشريع التونسي خطوات معتبرة في مجال التشريعات البيوأخلاقية ، سواء في مجال نقل وزراعة الأعضاء (كما سنرى لاحقاً) ، أو التلقيح الإصطناعي حيث أصدر سنة 2001 قانون الطب الإنجابي⁽¹⁾ ، الذي حقق سبقاً على الدول العربية في هذا المجال .

فقانون الطب الإنجابي تضمن جملة من الضوابط والشروط التي تحكم عمليات التلقيح الإصطناعي ، ونص على أنها تمارس في كنف كرامة الإنسان وصون حرمة الجسدية ، تحت طائلة أحكام جزائية ترتب على كل المخالفات التي ترتكب في هذا الإطار .

كما نص على أن هذه العملية تتم في إطار عمليات الإنجاب الإصطناعي، وتدخل في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة ، وتهدف إلى الاستجابة لطلب شخصين متزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما.

¹ - الصادر بموجب القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي .

أما عن الممارسات المحظورة التي يمكن أن تتم بمناسبة إجراء عمليات التلقيح الإصطناعي ، والعقوبات التي قررها القانون فهي كما يلي (1):

1. منع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل (تحسين النسل).
 2. منع اللجوء إلى عمليات الاستنساخ
 3. منع إجراء عمليات التلقيح الإصطناعي الخارجي قصد الدراسة أو البحث أو التجريب . وبصورة استثنائية أجاز إجراء عمليات علاجية صرفة على الجنين من أجل تفادي مرض خطير قد يتعرض له الطفل ، واشترط لذلك أن لا يكون فيها تغيير للخلة .
 4. منع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار التلقيح الإصطناعي .
 5. منع استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين (الأم البديلة)
- أما عن الأحكام الجزائية بخصوص هذه الممارسات المحظورة فقد جات في الباب الثالث المعنون : في طرق المراقبة ومعاينة المخالفات والعقوبات . وقد جاء في الفصل 31 منه على أنه بصرف النظر عن العقوبات الإدارية ، يعاقب كل طبيب ممارس يتولى القيام بأعمال الطب الإنجابي بما يلي: في مخالفات الفصول 7 (جريمة انتقاء النسل) و 8 (الإستنساخ)، و 14(التلقيح بمساهمة الغير)، و 15 (الحمل لحساب الغير) فقد قرر لهذه المخالفات عقوبة السجن لمدة خمس سنوات وخطية (غرامة) عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين).

المبحث الرابع

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

من الممارسات الطبية على اللقائح الأدمية

يعد التلقيح الإصطناعي من النوازل التي تحتاج معالجة فقهية ، ومن أهم هذه النوازل كيفية التعامل مع الأجنة المخصبة الفائضة في عمليات التلقيح

¹ - انظر الفصل 7 وما بعده من قانون الطب الإنجابي التونسي .

الإصطناعي ، لاسيما وأن مجالات استعمالاتها أصبحت كثيرة ومتعددة ، وتبعث على القلق في كثير من الأحيان ، لهذا حاول الفقهاء المعاصرون وكبار العلماء والمجامع الفقهية الإسلامية الإجابة على الكثير من التساؤلات بخصوص الممارسات الطبية والعلمية التي أصبحت تتعرض لها هذه اللقائح الأدمية وغيرها من المنتجات والمشتقات البشرية. وقد استعان الفقهاء في إصدار أحكامهم الاجتهادية بأهل الخبرة في ميادين الطب ، والبيولوجية ، وعلم الأجنة وغيرهم ، من أجل استيعاب معطيات التطور العلمي ، لأن الأحكام الشرعية تبنى أصلاً على مضمون المفهوم العلمي للمسألة ، عملاً بقاعدة " الحكم على الشيء جزء من تصويره" ، ولما كان العلم الحسي متطوراً بطبيعته فإن الحكم الشرعي يتبعه ، ومن ثم يتغير الحكم الشرعي للنازلة تبعاً للمضمون والصورة الجديدة على شرط عدم تعارضه مع نص قطعي.

و من النوازل التي ناقشها الفقهاء وأبدوا آرائهم الاجتهادية فيها مسألتين الأولى : تخص مصير اللقائح المخصبة الزائدة عن الحاجة ، والثانية استخدامها لأغراض العلاج أو التجارب الطبية عليها .

أولاً- مصير البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة :

الأصل الذي قرره العلماء المعاصرون ، وتبنته المجامع الفقهية الإسلامية هو تجنب بقاء فائض من البييضات الملقحة وهذا بالعمل على إعداد البييضات الملقحة إلا بالعدد الذي لا يؤدي إلى وجود فائض منها، وإذا وجدت فلا بد من التخلص منها .وبهذا جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة⁽¹⁾، بشأن مصير البييضات الملقحة حيث ورد فيه :

¹ - انظر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ ، الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م.

- 1- في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البييضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البييضات الملقحة.
- 2- إذا حصل فائض من البييضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.
- 3- يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكافية بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

ثانياً: استخدامها لأغراض العلاج أو التجارب والبحوث الطبية

من الاستخدامات الأخرى للقائح المخصبة في غير مجال الإنجاب ما هو ضروري وما هو لسد الحاجة ، وهنا نتساءل هل يمكن اعتبار الأجنة الملقحة مصدراً لسد هذه الضرورة أو الحاجة ؟ وهل يمكن إجراء التلقيح لهذا العرض ؟ بهذا الخصوص جاءت آراء الفقهاء متباينة بين معارض ومؤيد بشروط .

■ - بخصوص إجراء التجارب عليها: فقد اختلفت آراء الفقهاء كما يلي :

- الرأي الأول: يرى حرمة إجراء التجارب عليها، لأن ذلك يعتبر نوعاً من الإتلاف والقضاء عليها. وقد عبر عن ذلك أحدهم بقوله " ولكن إذا وجدت هذه الأجنة الزائدة عن الحاجة لسبب أو لآخر ، فيجب أن يكون طريقها ما خلقت له ، وهو العلق في رحم صاحبها ، ولكن لا يجوز إتلافها، ولا الاستفادة منها ، ما دام أنها ستكون إنساناً كاملاً ولو احتمالياً فهذه الأجنة مستقبلة للحياة ومستعدة لها (1). وحبثهم أنه إذا كانت البيضة الملقحة في رحم الأم لها حرمتها من وقت تمام التلقيح ، والتقاء النطفة الذكرية بالمؤنثة ، ومن ثم حدوث الإخصاب ، فيعنى أن هذه النطفة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحرمة خارج الرحم) أي في

¹ - عبد السلام بن داود العبادي ، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة والزائدة عن الحاجة ، بحث مقدم لمؤتمر : الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المعاصرة (منقول عن سليمان بن عبد الله أبا الخيل ، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعياً ، بحث مقدم في مؤتمر قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، 10-12 أبريل 2010 ، المجلد الثاني ، ص 2014 .

الأنبوب) ، فالحرمة إذا كانت تبدأ من وقت التلقيح فيستوي بعد ذلك أن تكون النطفة الأمشاج (الملقحة) داخل الرحم أو خارجه، ومكان النطفة الملقحة لا يجوز أن يؤثر على حكمها من حيث القول بالحرمة من عدمها وفمن هذا المنطلق لا يجوز أن تجرى عليها التجارب(1) .

- الرأي الثاني :ويرى بجواز إجراء أبحاث علمية عليها ، بشرط أن لا يتم تلقيح البييضات لهذا الغرض البحثي خصيصاً، وأن يكون في ذلك مصالح شرعية معتبرة لا تقل عن مرتبة الحاجيات(2). وذهب البعض الآخر إلى جواز إجراء التجارب على البييضات الملقحة، ما دام أنها لم تغرس في الرحم، واستدل أصحابه على أن البييضة الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع قبل أن تغرس في الرحم بدليل أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة يرون إباحة الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق منه شيء . وقد رُد على هذا أنه استدلال بمختلف فيه، فما قاله جمهور الفقهاء قابله قول آخر أقوى منه يرى تحريم الإجهاض من أول لحظة، إضافة إلى أن هذا التصور أثبت الطب خطأه فالتخليق يتم في المراحل الأولى. لهذا يرجحون منع إجراء التجارب على البييضات الملقحة لقوة الأدلة، ورعاية لكرامة الإنسان ، وسداً لذريعة التلاعب بخلق الله عز وجل ، وإخضاع أصل الخلق للتجارب التي تمتد إلى العيب(3).

قرارات مجمع الفقه الإسلامي :

1- تعرض مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة(4)، للمسألة وذلك بعد إطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة على المجمع المخصصة لموضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان ومنتجاته ومشتقاته المأخوذة من حي أو ميت، إلى مسألة الاستفادة من الأجنة سواء منها التي تسقط تلقائياً، أو

¹ - سليمان بن عبد الله أبي الخيل ، المرجع السابق ، 2015 .

² - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق ، ص 118 .

³ - سليمان بن عبد الله أبي الخيل ن المرجع نفسه ، ص2016.

⁴ - المنعقد بجدة من 18- 23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق 6-11 فبراير 1988م. حول موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتاً.

تسقط لعامل طبي أو جنائي أو تلك اللقائح المستتبنة خارج الرحم. وبعد دراسة الموضوع قرر المجمع بأن يعاد طرحها للدراسة والبحث في دورة قادمة على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية. وهذا ما حدث فعلاً فقد أعيدت جدول الموضوع في الدورة السادسة (1) التي خصت لموضوع استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء وجاء في قرارها أنه : بعد الإطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410هـ، الموافق 23-26 أكتوبر 1989م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، قرر المجمع ما يلي :

1- لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لا بد من توافرها وهي:

(أ)- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعدو الشرعي ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.

(ب)- إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم (1) للدورة الرابعة لهذا المجمع. (وهي الأجنة التي تسقط تلقائياً ، أو تسقط لعامل طبي أو جنائي، أو تلك اللقائح المستتبنة خارج الرحم).

2- كما ناقش المجلس في الدورة نفسها (الدورة السادسة، قرار رقم 7/8/59) موضوع زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي. ومما جاء فيه أنه : " وفي ضوء ما انتهت إليه الندوة المشار إليها من أنه لا يقصد من ذلك نقل مخ إنسان إلى

¹ - المنعقد في جدة من 17-23 شعبان 1410هـ، الموافق 14-20 مارس 1990م، رقم القرار 6/7/58

إنسان آخر، وإنما الغرض من هذه الزراعة علاج قصور خلايا معينة في المخ عن إفراز مادتها الكيميائية أو الهرمونية بالقدر السوي فتودع في موطنها خلايا مثيلة من مصدر آخر أو علاج فجوة في الجهاز العصبي نتيجة بعض الإصابات... وبعد أن تعرض المجمع لمصادر الحصول علي هذه الأنسجة، ذكر أنه: " إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو خلايا حية من مخ جنين باكر (في الأسبوع العاشر أو الحادي عشر) فيختلف الحكم على النحو التالي:

الطريقة الأولى: أخذها مباشرة من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرحم جراحيا وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد اخذ الخلايا من مخه، ويحرم ذلك شرعا إلا إذا كان بعد إجهاض طبيعي غير متعمد أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم وتحقق موت الجنين، مع مراعاة الشروط التي سترد في موضوع الاستفادة من الأجنة في القرار رقم (6/8/59) لهذه الدورة.

(ب) الطريقة الثانية: وهي طريقة قد يحملها المستقبل القريب في طياته باستزراع خلايا المخ في مزارع للإفادة منها ولا بأس في ذلك شرعا إذا كان المصدر للخلايا المستزرعة مشروعا، وتم الحصول عليها على الوجه المشروع.

3- مسألة استخدام " المولود اللدماغي " كمصدر لزراع الأعضاء .

يقصد بالمولود اللدماغي (1) أن هذه الأجنة أو الأطفال المولودين خُداجا (2) ، لديهم جزء يسير من الدماغ هو جدع الدماغ ، وبما أن مراكز اليقظة والتنفس والتحكم في الوظائف الأساسية للحياة موجودة في جدع الدماغ فإن هؤلاء الأطفال يولدون وتكون لهم القدرة في أغلب الأحيان على التنفس الطبيعي الذاتي ، كما أن قلوبهم تنبض ودورتهم الدموية سليمة. لكن المشكلة الأساسية لهؤلاء الأطفال أن المناطق المخية العليا غير موجودة ولذا ليست لديهم القدرة

¹ - محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق ص 231 .

² - أي الذين ولدوا قبل الميعاد Prématuré (أقل من ستة أشهر) .

مطلقاً للإدراك أو حتى للإحساس بالألم. وتتوفي معظم هذه الحالات في خلال بضعة أيام ، وإن كان في بعض الحالات تعيش مدداً أطول (1).

- وبخصوص استخدام " المولود اللدماغي " كمصدر لزراع الأعضاء فقد جاء قرار المجمع كما يلي : " طالما ولد حياً، لا يجوز التعرض له بأخذ شيء من أعضائه إلى أن يتحقق موته بموت جذع دماغه، ولا فرق بينه وبين غيره من الأسوياء في هذا الموضوع، فإذا مات فإن الأخذ من أعضائه تراعى فيه الأحكام الشرعية والشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى من الإذن المعتبر، وعدم وجود البديل وتحقق الضرورة وغيرها مما تضمنه القرار رقم 1 من قرارات الدورة الرابعة لهذا المجمع. ولا مانع شرعاً من إبقاء هذا المولود اللدماغي على أجهزة الإنعاش إلى ما بعد الموت جذع المخ، للمحافظة على حيوية الأعضاء الصالحة للنقل توطئة للاستفادة منها بنقلها إلى غيره بالشروط المشار إليها.

ونفس الموقف جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية بالكويت بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي (2) في ندوة (زراعة الأعضاء).

¹ في بحث قدمه الدكتور آلان ماك دونالد (Dr.Allan Macdonald) في المؤتمر العالمي لدراسة زرع الأعضاء (إوتوا بكندا) أوت 1989 ، ذكر أنه من بين 105 حالات من حالات طفل بدون دماغ عاش 18 منهم فترة تتراوح ما بين أسبوع وأربع أسابيع . وذكر الدكتور ليسلي روثنبرج (Leslie Rothenburg) من لوس أنجلس أن هناك طفل بدون لادماغي مكث ثلاثة أشهر ونصف ، وآخر 17 شهراً . ولكن يعتقد أن الحالتين كان فيهما بقايا من المخ بالإضافة إلى جذع الدماغ (المصدر محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق ص 231).

² - المنعقدة بتاريخ 23-26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23-26 أكتوبر 1989 م

خلاصة القسم الأول

بعدها لم تحقق وسائل علاج العقم بالوسائل التقليدية ، النتائج المرجوة ، لاسيما فيما يخص بعض أنواع العقم ، جاءت التطورات العلمية في مجال الصحة والبيولوجيا الجزئية بحلول لمشكلة العقم، وذلك باكتشاف أسلوب التلقيح الإصطناعي. هذه الوسيلة تعتمد طريقتين : تسمى الأولى بالتلقيح الإصطناعي الداخلي، والثانية بالتلقيح الإصطناعي الخارجي أو ما اصطلح عليه " أطفال الأنابيب " . غير أن هذا الأسلوب الأخير أدى إلى ظهور مشاكل عدة ، وأوضاع غريبة لم تألفها البشرية ، وبرزت إلى الوجود أسئلة كثيرة ومحيرة، ومن أهمها: بداية حياة الجنين من أجل إضفاء الحماية القانونية المقررة له ، وبنوك النطف والأجنة ، والتصرف في النطف بيعاً أو تبرعاً للغير، إيجار الرحم (الرحم الظئر) وما نتج عنها من مشاكل كثبوت النسب ، وثبوت ما يتفرع عنه من ميراث ونفقة، والتلقيح بعد الوفاة، بعد أن أدى تطور علم البيولوجيا الجزئية (*Biologie moléculaire*) إلى إمكانية الاحتفاظ بالحيوانات المنوية والبويضات المخصبة لفترة طويلة عن طريق التجميد وتخزينها من أجل استعمالها في المستقبل وحتى بعد موت أصحابها .

اللقاح الأدمية بصورتها المجردة والمخصبة، والتي تعد من أهم المنتجات الجسمانية وأكثرها رقياً ، حيث تشكل نواة التكوين الأولى للكيان المادي للإنسان، لم تحظ بالحماية القانونية الكافية التي تقرها القواعد العامة التي اقتصرت فقط على تقرير الحماية القانونية للجسم البشري من الاعتداءات التي تمس بحياته وسلامة جسمه.ومن ثم فإن النقاش ما زال قائماً حول الطبيعة القانونية لهذه الخلايا التناسلية البشرية، وهل يمكن اعتبارها كائنات بشرية حية تتمتع بكامل الحقوق؟، وبعبارة أخرى ما هو النظام القانوني الذي يحكم الممارسات الطبية والعلمية الماسة بالأمشاج واللقاح الأدمية ؟

فخلال هذا القسم الأول، الذي خصصناه لموضوع الحماية القانونية لجسم الإنسان قبل الولادة، حاولنا الوقوف على الإجابات المختلفة لهذه التساؤلات وعن كنهه وشرعية هذه الممارسات الطبية المستحدثة، التي أصبحت هذه اللقائح الأدمية موضوعاً لها. كل ذلك كان من خلال دراسة ما أصدرته بعض الدول من خاصة، أصبحت تعرف بـ "تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية"، وأيضاً من خلال ما صدر من فتاوى فقهية وقرارات وتوصيات المجامع الفقهية الإسلامية، والمنظمات الدولية والإقليمية. وسوف نقتصر في هذه الخلاصة على عرض أهم ما جاء في هذا القسم الأول، وهذا في نقاط ثلاث: الأولى: موقف الشرع والقانون من تقنية التلقيح الإصطناعي، والثانية: حول الطبيعة القانونية والشرعية لللقائح الأدمية، والثالثة: تتعلق بشرعية الممارسات الطبية والعلمية على اللقائح الأدمية.

أولاً: الموقف الشرعي والقانوني من الإنجاب بتقنية التلقيح الإصطناعي

كانت المواقف المعارضة من البعض لهذا الأسلوب في الإنجاب تستند إلى أن عمليات التلقيح الإصطناعي، في أغلب صورها، تمثل تعد على أقدس علاقة بين البشر وهي علاقة النسب التي تقوم على أساسها الأسرة، اللبنة الأولى للمجتمع. غير أن هذه التقنية الحديثة حققت مكسباً كبيراً في مجال معالجة مشكلة العقم، وأصبحت واقعاً مفروضاً، وفتحت لذلك مراكز بما في ذلك في الدول العربية والإسلامية، مما اضطر فقهاء الشريعة الإسلامية والدول إلى تبنت هذا الاكتشاف الطبي وسمحت على أن يكون ذلك مقيداً بضوابط أخلاقية وشرعية، دون الزيف عن المقاصد النبيلة التي تضع في المقام الأول حماية الأنساب التي نظم الشرع على أساسها العلاقات داخل الأسرة.

وهكذا، أقر جل فقهاء الشريعة الإسلامية، هذا الأسلوب في الإنجاب على شرط أن تتم هذه العملية عند الضرورة في الإطار الذي رسمه الشرع والحدود التي يقتضيها حفظ الأنساب، وهذا بالتأكد من أن يتم التلقيح بين مني الزوج وبويضة الزوجة، أما باقي الصور الأخرى، التي تختلط فيها الخلايا التناسلية

في رحم المرأة ، سواء باستعمال مني رجل أجنبي لا تربطه مع المرأة علاقة زواج أو بويضة امرأة أجنبية تلقح بمني رجل أجنبي عنها أو استعمال رحم امرأة بديلة (إيجار الرحم) أو إجراء عملية التلقيح بمني الزوج بعد وفاته وغيرها من الصور المسموح بها في الدول الغربية ، فهي محرمة شرعاً .

وجاءت تشريعات الدول العربية والإسلامية متفقة مع ما أقره الفقهاء والمجامع الفقهية الإسلامية ومنها التشريع الجزائري الذي حدد موقفه من عملية التلقيح الإصطناعي ، في قانون الأسرة في تعديل سنة 2005 حيث نصت المادة 45 مكرر بأن يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط التالية :

- 1- أن يكون الزواج شرعياً
 - 2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
 - 3- أن يكون بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها
 - 4- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة .
- وبهذا فقد أجاز الأسلوب الوحيد المجمع على إباحته ، كما أسلفنا ، ومنع باقي الأساليب الأخرى التي من شأنها المساس بقديسية النسب الذي يقوم أساساً على العلاقة الشرعية المبينة في المادة 40 منه .

أما التشريعات الغربية ، وبالنظر لما يسود مجتمعاتها من عقائد دينية أو قيم أخلاقية ، فقد تبنت تشريعاتها في مجال عمليات التلقيح أصطناعي ، توجهين : الأول : يتميز بالنزعة التحررية تميل إلى إباحة التلقيح الإصطناعي في شتى صورته بدون قيد أو شرط ، أما الثاني ، فيتميز بنزعة تحفظية ، اقتصر على إباحة بعض الصور دون الأخرى .

ثانياً: الطبيعة القانونية والشرعية للخلايا التناسلية

فرضت مقتضيات التلقيح الإصطناعي ، خاصة التلقيح خارج الرحم ، البحث عن طبيعة هذه اللقائح فهل تعد هذه الأمشاج من العناصر الجسمانية يمكن أن تمتد إليها نطاق الحماية القانونية بعد انفصالها عن الجسم ؟ ، وهل يمكن أن نضفي عليها وصف الجنين -بعد تلقيحها خارج الرحم- بالشكل المقرر في جرائم

الإجهاض؟. وقد خلصنا إلى أن طبيعتها في القوانين الوضعية وفي نظر الفقه بأنها تتمتع بوضع قانوني خاص فلا يمكن اعتبارها في مركز الشخص الطبيعي، كما أنها ليست شيئاً يخضع لقانون الأموال.

ثالثاً: الممارسات الطبية والعلمية على اللقائح الأدمية

إن كانت القوانين والشرائع جرمت كل اعتداء يقع على الجنين (جريمة الإجهاض) منذ بداية التصاق النطفة بالرحم وهو ما يمثل بداية مرحلة الحمل، فإن هذه النصوص لا تمتد إلى ما قبل هذه المرحلة -أي إلى النطفة المخلفة خارج الجسم كما هو الحال في أجنة الأنابيب- . فالنصوص القانونية التي تعاقب على الإجهاض قاصرة على أن تشمل على حماية حق أجنة الأنابيب في الحياة، ذلك لأنها تشترط لأجل حماية حق الجنين في الحياة أن يكون داخل رحم امرأة حامل به حتى تسرى عليه تلك الحماية .

غير أنه مع بداية التسعينات صدرت بعض القوانين البيوأخلاقية في كل من فرنسا، وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها، من أجل ضبط الممارسات على اللقائح البشرية ، حيث بينا ، بأن المشرع الفرنسي كان له السبق في وضع تشريع يتعلق بنظام جسم الإنسان ، و خلصنا إلى أن هناك إجماع من المشرعين البيوأخلاقين ، على ضرورة إيجاد نظام قانوني خاص ومستقل يحكم كافة الممارسات الماسة بالأمشاج الأدمية مخصصة كانت أو غير مخصصة ، إلا أن مواقفهم لم تتطابق فيما يخص وضع القواعد التفصيلية التي تحكم هذه الممارسات الطبية المستحدثة بالنظر لاختلاف المفاهيم الأخلاقية التي تسود أنظمتهم القانونية .

القسم الثاني

حماية الكيان المادي للجسم البشري بعد الولادة

أصبح جسم الإنسان بفعل الممارسات الطبية الحديثة عرضة لمخاطر على حقه في الحياة و في تكامله الجسدي، وقد أصبح الأمر أشد خطورة وتأثيراً عندما تشكل هذه الممارسات خروجاً عن القواعد الشرعية والقانونية أحياناً والأخلاقية أحياناً أخرى. فحياة الفرد وصحته تعتبر في مقدمات اهتمامات الإنسان على مدار التاريخ، وفي المجتمعات كافة، ومن قبل الشرائع والأديان السماوية. قال الإمام العز بن عبد السلام: "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة، والعافية ولدرء مفسد المعاطب والأسقام."⁽¹⁾

فقد حقق الإنسان إنجازات عظيمة بفضل تطور العلوم الطبية والبيولوجية ، ولعلّ أبرز هذه الإنجازات العلمية المشهود لها بالتطور زماناً ومكاناً عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي تخطت حدود التجارب العلمية والطبية ودخلت منذ عهد ليس بالبعيد حيز العلاج الجراحي. كما تأكد نجاح هذه العمليات عندما توصل العلماء إلى اكتشاف عقار جديد يسمى "سيكلوسبورين Cyclosporine"، وهو دواء يساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، ويثبط الجهاز المناعي لجسمه، كما أنه بفضل هذا العقار ارتفعت نسبة نجاح عمليات زرع الأعضاء إلى حوالي 80 % ، وحقق بذلك آمال آلاف البشر في إنقاذ حياتهم عن طريق عمليات زرع الأعضاء⁽²⁾ .

فالتطوّر إذاً ، أحرز تقدماً كبيراً في عمليات نقل بعض أعضاء جسم الإنسان ، وبعث بذلك الأمل في نفوس كثير من المرضى ، وجعلهم يأملون برغبة شديدة في الحصول على الأعضاء التي يحتاجون إليها للمحافظة على حياتهم وإنقاذها من الهلاك ،سواء من متبرع حي أو موصي بعضوه بعد وفاته. وعليه فالتطوّر أعطى الأمل لآلاف الأشخاص الذين أنقذت حياتهم بفضل ما تلقوه من قطع غيار بشرية من الغير .

¹ - عز الدين بن عبد السلام السلمي ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1990، ج1 ، ص 7.
² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية، 1999 ، ص 7 .

♦ - أهم المحطات التاريخية لعمليات نقل الأعضاء

قد يتبادر إلى الذهن أن عملية نقل الأعضاء حديثة ، ويرجع ذلك ربما لعملية ارتبطت بأذهان الناس وهي ما حدث سنة 1967 بنجاح الدكتور برنارد في عملية زرع القلب ، غير أن جذور هذه العمليات تضرب في أعماق التاريخ ، وهو ما سنتعرض له بإيجاز وهذا بالوقوف على بعض المحطات التاريخية التي عرفتها هذه العمليات ، ومن ذلك :

«- نقل الجراح الصيني الكبير هواتو Houa-to ، في الفترة (141-202 قبل الميلاد) ، أعضاء جوفية مستعملاً التخدير بقنب هندي⁽¹⁾. وذلك بعد قرون طويلة من التجارب بدأت على الحيوان ، وقد صرح الدكتور ألكسى كريل سمة Alexis Carel ، الذي كان يجرب عمليات نقل وزراعة الأعضاء على الحيوانات " إنها مجرد فضول اليوم ، غير أنه في يوم من الأيام ستكون لها فوائد عظيمة " ⁽²⁾. ثم أعلن عن نجاحها على الإنسان ابتداءً من النصف الثاني من القرن الثامن عشر ومنها:

«- نقل أو غرس الجلد أو ترقيع الجلد : فقد أجريت العملية الأولى سنة 1869 ، وذلك بنقل قطعة من الجلد السليم إلى مكان آخر في جسم نفس جسم الإنسان على يد L.Reverdin . وكان الدافع لممارسة هذه العمليات هو احتياج طب التجميل لردم تشوهات الوجه بفعل الحروب وما تسببه من حروق بليغة وتشوهات في المظهر الخارجي لضحايا الحروب⁽³⁾».

«-نقل الكلية : ففي سنة 1952 قام الفريق الطبي المؤلف من Louis Nicolas Michon Oeconomos بأول عملية ناجحة بنقل كلية تم الحصول عليها من متبرع حي . وبعدها في سنة 1954 نجح البروفيسور J.P.Merrill بإجراء أول عملية نقل للكلية بين توأمين حقيقيين وكان المتبرع حياً، وقد عاش المستفيد تسع سنوات

¹-Ahmad ABDULDAYEM , Op.cit P 95

² - Eurobarometr spécial 227D , Les européens et le don d'organes, Rapport 2007 ,p.2

³- رجاء ناجي مكايوي ، نقل وزرع الأعضاء، الطبعة الأولى ، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، المغرب ، 2002 ، ص 14 .

بهذه الكلية المزروعة ، ويرجع الفضل في ذلك إلى اكتشاف عقار Cyclosporine الذي ذكرناه آنفاً⁽¹⁾.

«- في سنة 1966 قام كل من Richard Lillechei et William في مينابولي Minneapolis ، بنقل البنكرياس ، وفي 1967 قام Richard Lillechei بنقل للمعي⁽²⁾»
 «- واختصاراً لرحلة طويلة في مجال نقل واغتراس الأعضاء ، فقد توجت هذه الرحلة سنة 1967 بنجاح الدكتور برنارد في أول عملية ناجحة لنقل قلب امرأة سوداء توفيت في حادثة سيارة لرجل أبيض مصاب بمرض خطير في القلب ... وقد استمر القلب المنقول في العمل لمدة 17 يوماً، وبعدها توفي المريض نتيجة التهاب رئوي خطير⁽³⁾».

فبنجاح عملية نقل القلب من قبل الدكتور برنارد ، أزيحت أكبر عثرة كانت تعوق الباحثين ، مما شجعهم على المضي قدماً في عملياتهم وأبحاثهم . ذلك إذا كان القلب بكل ما يحمله من دلالات وقدسية وأسرار في الثقافات المختلفة ، أمكن نقله واغتراسه، فمعناه أنه لم يعد مجال للحديث عن المستحيل في عمليات نقل واغتراس الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا.

وهكذا استمرت العمليات العلاجية التي تعتمد أساساً على نقل واغتراس الأعضاء ، وتصدرت القائمة عمليات غرس الكلى ، والنخاع الشوكي ، والجلد بالنظر للارتفاع الكبير للطلب عليها، ولإمكانية الحصول عليها من الأحياء والأموات ، وأصبحت هذه العمليات حلم الشعوب ومطامح الباحثين ورمزاً للتقدم العلمي. وبازدياد الطلب علي هذه العمليات ، أصبحت المراكز الإستشفائية في العالم تعمل بنظام قوائم الانتظار ، ومن ذلك ففي فرنسا مثلاً وضعت إستراتيجية

¹- رجاء ناجي مكايي - المرجع السابق ، ص 15

2 - Ahmad Abduldayem , Op.cit P 97

³- محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الدار الشامية بيروت ، 1994 ، ص

لاغتراس 3000 كلية سنوياً ، وما بين 1000 و1200 قلب ، و700 إلى 1000 كبد ، وآلاف القرنيات. أما في العالم فقد أحصي أزيد من 150000 عملية اغتراس ، منها 15000 في فرنسا وحدها، وهي أرقام بعيدة عن تحقيق الطلبات التي لا تحصى والتي تتزايد بشكل كبير من سنة إلى أخرى (1).

♦ - مكونات الجسم البشري باعتباره مناط العمليات الطبية الحديثة :

لما كان الكيان المادي لجسم الإنسان يشكل نقطة الانطلاق في هذا القسم الذي خصصناه للحماية القانونية لجسم الإنسان بعد الولادة، فكان لا بد من التعرض إلى التقسيم الحديث لمادة الجسم البشري الذي يميز بين الأعضاء الأدمية، وما يدخل في زمرة المشتقات والمنتجات البشرية .

وقبل التعرض إلى المقصود بالعضو في القواعد العامة في قانون العقوبات، وتشريعات العلوم الإحيائية الفرنسية، فقد ارتأينا تحديد المقصود بالمشتقات والمنتجات البشرية ، حيث حددها البعض بأنها " كل العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم البشري استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى زرعها كما هو الحال في الأعضاء ، كالدّم ، وكافة السوائل الأخرى التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها ؛ كاللعاب ؛ والسائل المنوي ، والهرمونات ؛ والخلايا التناسلية؛ وبعض الخلايا العصبية وخلايا الجلد..." (2).

من المفيد الإشارة بخصوص هذه المشتقات والمنتجات البشرية باعتبارها من العناصر الداخلة في تكوين الجسم البشري، أن جل التشريعات لا تكاد تشير إليها بشكل أو بآخر ، ومنها التشريع الجزائري ، ما عدا التشريع الفرنسي ، حيث سجل له سبق في تبيان الفارق بين الصنفين، أي المشتقات والمنتجات البشرية وغيرها من الأعضاء . فقد نص القانونين رقم 653 و 654 الصادرين سنة 1994 وهما على التوالي القانون المتعلق باحترام الجسم البشري ، وقانون الصحة

¹- رجاء ناجي مكاوي ، المرجع السابق ص 16 و 17 ، نقلاً عن :

ADOSEM Europe : Education et santé 1998 p 104

²- مهندس صلاح أحمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 18

العامة، حيث نظماً أحكام نقل واستغلال مشتقات ومنتجات الجسم ، وحددا نطاقاً من الحماية القانونية تضمن عدم المساس بها ⁽¹⁾.

ففي الكتاب السادس من القانون رقم 654 لسنة 1994 المتضمن قانون الصحة العامة الفرنسي تحت عنوان " الأنسجة والخلايا والمنتجات " عالج المشرع الفرنسي كافة الجوانب القانونية التي تحكم التبرع بهذه المشتقات والمنتجات البشرية وشروط نقلها وزرعها. ومن جهة أخرى فقد تضمن قانون العقوبات الفرنسي نصوصاً خاصة تحكم أفعال الاعتداء على هذه المشتقات والمنتجات ⁽²⁾.

غير أن القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتعلق بالبيوأخلاقية ، تضمن تعديلات مهمة وأحكاماً جديدة بخصوص كل الممارسات التي تتم على الأعضاء والمشتقات والمنتجات البشرية . فقد جاءت 12 منه بتعديل كبير شمل الكتاب السادس من قانون الصحة العامة حيث أصبح عنوانه " الأنسجة ، الخلايا، والمنتجات البشرية ومشتقاتها" ⁽³⁾. وفي هذا التعديل حدد المشرع بشكل مفصل شروط جمع ونقل هذه المنتجات البشرية ، والإطار الذي تتم فيه سواء كانت لغرض علاجي أو علمي .

أما بخصوص المقصود بالعضو البشري، فلم نقف على كتابات كثيرة تحدد المقصود بالعضو البشري بشكل دقيق ، على الرغم من أن مسألة تحديد المقصود بالعضو تهم بشكل أكبر رجال القانون ، ذلك أن تعريف العضو من الناحية الطبية أيسر ولا يتسم بالأهمية التي يتسم بها من الناحية الشرعية والقانونية.

¹ - التي تم تعديلها بموجب القانون رقم 2004 - 800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتعلق البيوأخلاقية ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 182 بتاريخ 7 أوت 2004 .

² - Voir l'article 511 du code pénal français.

³ - Article 12 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ، stipule que l'intitulé du livre VI du code de la santé publique est ainsi modifié « Tissus ، cellules, produits du corps humain et leurs dérivés »

وفيما يلي نحاول استعراض مدلول اصطلاح العضو البشري ، من الناحية اللغوية ، والشرعية ، ثم من الناحية القانونية بما في ذلك في تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية .

(أ) - التعريف اللغوي للعضو البشري :

العضو واحد الأعضاء وهو كل عظم وافر بلحمه، وجزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف، يقال: عضيت الشاة تعضية إذا جزأته أعضاءً وقد يطلق العضو على الأطراف (1) .

(ب) - تعريف العضو شرعاً :

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي الذي تبنته منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً . فمن حيث التعريف والتقسيم جاء فيه "يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به، أن انفصل عنه" (2).

(ج) - تعريف العضو قانوناً وفقهاً :

قليلة هي التشريعات التي حددت مدلول اصطلاح العضو البشري، ومنها التشريع الأردني رقم 23 الصادر سنة 1977 ، المتضمن " قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان " حيث عرف العضو في المادة الثانية منه على أنه: " أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه." ولعل قصد المشرع الأردني من إضافة عبارة "أو جزء منه"، أن عمليات نقل الأعضاء التي بلغها التطور العلمي لا تتوقف عند الحد الذي نعرفه اليوم من زرع للكلية والكبد والقرنية وغيرها، بل قد يأتينا التطور العلمي بالجديد في ميدان نقل وزرع أجزاء أخرى من جسم الإنسان ، وبالتالي فإن عبارة "أو جزء منه" ، تشمل كل ما قد يتوصل إليه العلم

¹ - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، إعداد وتصنيف: يوسف خياط، دار صادر بيروت، (د.ط)، 1982/1956، مج 68/15.

² - مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة، العدد: 4، سنة 1988، الجزء الأول، ص 805

الطبي في مجال زرع ونقل الأعضاء⁽¹⁾ . ومع ذلك فإن هذا التعريف لم يحدد بشكل واضح المقصود بالعضو .

أما المشرع الجزائري، فلم يحدد هو بدوره المقصود بمدلول مصطلح العضو، حيث نصت المادة 162 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه : " لا يجوز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص أحياء... » ومن هنا نرى بأنه اعتبر الأعضاء والأنسجة شيئاً واحداً، خلافاً لما اتجه إليه التقسيم الحديث الذي يميز بين الأعضاء والمشتقات والمنتجات البشرية الأخرى، كما أسلفنا.

وعن محاولات الفقه في مجال تحديد المقصود بالعضو، قال البعض بأن: " العضو جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، سواء أكان متصلاً به أم منفصلاً عنه، وأنّ الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة " ⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه أنه، وفي مجال الممارسات الطبية الحديثة، لا بد من التمييز بين الأعضاء الضرورية وغير الضرورية في الجسم البشري، فمناطق الضرورة في هذا الصدد إنما يتمثل في أهمية الدور الذي يلعبه العضو محل التصنيف، وذلك من حيث مدى لزومه لاستمرار الحياة أو توقفها بدونها، فإن كان بالإمكان أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم استئصال عضو معين من جسمه فمعنى ذلك أن يدخل في إطار الأعضاء غير الضرورية والتي يجوز المساس بها والتنازل عنها بشروط وضوابط معينة. أما إذا كان استئصال العضو يؤدي حتماً إلى الوفاة لاستحالة الحياة بدونها فنحن إزاء طائفة الأعضاء الضرورية والتي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقاً . ولا يُشترط وفقاً لهذا المعيار في تحديد المقصود بالعضو أن يكون هذا الأخير متجدداً أو غير متجدد، إذ المعول عليه هو

¹ - ندوة التبرع بالأعضاء وزراعتها في الأردن، عمان، 1997، الورقة الطبية المقدمة من طرف خالد مهلوس، ص12.

² - مندر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2001، ص14.

مدى أهمية ذلك العضو وارتباطه بدوام الحياة وبانتهائها إذا ما تمت عملية الاستئصال⁽¹⁾.

وفي قاموس Larousse يقصد بالعضو الجزء من الجسم الذي يقوم بوظائف حيوية في الحياة⁽²⁾ . وقد عرفه كبتان في كتابه المتعلق بمصطلحات العلوم القانونية بأنه " مؤسسة مكلفة بتشغيل فئة محددة من الخدمات " . فلذلك يمكن القول أن القلب ، الكليتين ، الكبد ، الأعضاء التناسلية يشكلون أعضاء⁽³⁾.

♦ ضبط المصطلحات المستعملة في مجال نقل وزراعة الأعضاء

«- زرع أو غرس الأعضاء⁽⁴⁾ : يقصد بالزرع (Grefe) نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع (Donneur) إلى مستقبل (Receveur) ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف

«- المتبرع : (المانح) هو الشخص الذي يؤخذ منه العضو .

«- المتلقي : (المريض) وهو الجسم الذي يتلقى العضو أو الغرسة

«- الغرسة : ويقصد به العضو المغروس . والغرسة إما أن تكون عضواً كاملاً مثل الكلية والكبد والقلب... الخ أو أن تكون جزءاً من عضو كالقرينة (وهو الجزء الشفاف الخارجي من العين) أو تكون نسيجاً أو خلايا كما هو الحال في نقل الدم ، أو لقائح آدمية (خلايا تناسلية).

«- الزرع الذاتي : هو زرع يتم على نفس الشخص المتبرع للأنسجة أو للعضو المنقول . والمثال الأكثر شيوعاً هو زرع معين للجلد بعد اقتطاع هذه الزرعة أو الغرسة (العضو) من منطقة تابعة للشخص لتزرع في منطقة أخرى مشوهة أو محروقة .

¹ - مهند صلاح أحمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 12 وما بعدها .

² - Petit Larousse illustré, Librairie Larousse , 1983 , p705.

³ - ABDULDAYEM Ahmad , op.cit . p101.

⁴ - يقول يوسف القرضاوى " زرع الأعضاء ، ويؤثر بعض الأطباء تسميته (غرس الأعضاء) وهو فعلاً أقرب إلى الغرس منه إلى الزرع الذي يبدأ بالبذرة . ولكن راجت كلمة (زرع) وأمست مصطلحاً شائعاً . (انظر الشيخ يوسف القرضاوى ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية ، سنة 2009 ص 10 .

٤- **الزرع المتماثل أو الغريسة المتماثلة** : ومن ذلك أن ينقل عضو من أخ لأخيه التوأم المتماثل. ذلك لأن المتبرع والمستفيد ينتميان لنفس السلالة الصافية الموجودة عند البشر التوأم الأحادية التلقيح. فهو يتعلق إذاً بزرع يتم بين أشخاص يملكون بالضرورة تكويناً وراثياً متشابهاً بشكل كامل. وتتميز الغرائس المتماثلة بأنها لا تحتاج إلى عقاقير خفض المناعة لأن الجسم لا يرفضها بل يعتبرها جزءاً منه ، وهي بطبيعة الحال أفضل أنواع الغرائس أو الزرع وأطولها عمراً وأكثرها فائدة ، وأقلها تعرضاً للتلف⁽¹⁾ .

٤- **الغرائس المتباينة** : وهي الغرائس التي تؤخذ من أشخاص مختلفين من جنس واحد . أي من إنسان لإنسان أو من أرنب لأرنب . وهذا النوع من الزرع هو الأكثر انتشاراً وقد يكون المتبرع حياً أو ميتاً . وكلاهما يسبب رفض الغريسة ، ولهذا لا بد من إعطاء العقاقير الخافضة للمناعة (Immunosuppressants) مدى الحياة⁽²⁾ .

بعد هذا العرض ، قسمنا هذا القسم إلى بايين :خصصنا الأول لنقل الأعضاء من الأحياء ، حيث سنتناول فيه جملة من المسائل منها :تحديد مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء من وجهة نظر الشرائع السماوية والتشريع المقارن ، والأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء وأثره على نطاق الحماية القانونية للجسم البشري وأخيراً إلى مسألة مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة شروط وقواعد عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء . أما الثاني الذي خصصناه لعمليات استئصال الأعضاء والأنسجة البشرية من جثث الموتى ، والتي ما زالت تثير الكثير من النقاش والجدل بشأن مسائل من أهمها تحديد لحظة الوفاة، ومدى مشروعية المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات الزرع ومدى مسؤولية الطبيب في هذا المجال وغيرها .

¹ - زهير أحمد السباعي و محمد علي البار ، الطبيب أدبه وفقهه ، الطبعة الثانية ، دار القلم - دمشق ، الدار الشامية بيروت ، 1997 ، 206 ،

² - محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 91 .

الباب الأول

نقل الأعضاء من الأحياء

بالنظر إلى التطور الهائل الذي عرفته العلوم الطبية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث أصبحت هذه العمليات ضرورية لما تشكله من فوائد كثيرة، خاصة وأنها أصبحت تساهم في إنقاذ حياة الكثير من البشر، لدرجة أن أضى الجدل في مشروعيتها غير مجد ، وإن كانت مشروعيتها تحتاج إلى الضبط والتحديد والعقانة .

فالشرائع السماوية والقوانين الوضعية، وضعت الكثير من الضوابط لحماية حياة الإنسان وتكامله الجسدي وجعلت ذلك من النظام العام. لهذا ظل موضوع عمليات نقل وزراعة الأعضاء محل جدل كبير ويطرح الكثير من المشاكل ، فمثل هذه العمليات الطبية المستحدثة تستلزم بالضرورة التوفيق بين مجموعة من القيم المتصارعة ، منها : حق المريض في العلاج وفي الاستفادة من التقنيات الحديثة ، حرية الطبيب في وصف العلاج ، حق الشخص المتنازل عن عضو في سلامة جسم وغيرها من المصالح والقيم ، من هنا أصبح من الضروري التوفيق بين هذه المصالح التي تحظى كلها بالحماية .

نتعرض في هذا الباب إلى تحديد مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء من وجهة نظر الشرائع السماوية والتشريع المقارن ، ثم الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء وأثره على نطاق الحماية القانونية للجسم البشري ، وأخيراً إلى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة شروط مشروعية نقل الأعضاء .

الفصل الأول

مشروعية نقل الأعضاء في الأديان السماوية

للتعرف على موقف الأديان السماوية من عمليات اقتطاع ونقل الأعضاء، فإننا سنستعرض موقف كل من المسيحية واليهودية في المبحث الأول، ثم موقف الشريعة الإسلامية في المبحث الثاني .

المبحث الأول

موقف الشريعتين المسيحية واليهودية

- يتضح من الرسالة البابوية للبابا بيوس الحادي عشر بمناسبة الزواج المسيحي الصادرة في 31 ديسمبر 1930 أن للنفس البشرية حرمتها، حيث جاء فيها " أن الأفراد لا يملكون على أعضاء أجسادهم أي مكنات خاصة سوى تلك المخصصة لأداء أغراضها الطبيعية فلا يستطيعون إتلافها أو تشويهها أو جعلها غير صالحة لأداء وظائفها " (1).

غير أن الكنيسة، وكما جاء في رسالة البابا الحادي عشر في خطبته بتاريخ 13 سبتمبر 1953، لم تعارض مبدأ اقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء ولكنها على العكس تشجع الأطباء على إجرائها والأفراد على الإقبال عليها (2).
وحرصاً من الكنيسة على وجوب احترام الكائن البشري في ظل الممارسات الطبية الحديثة ، لاسيما في إطار عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، فقد جاء في تصريح البابا جان بول الأول ، بمدينة روما بمناسبة انعقاد مؤتمر نقل الأعضاء " أن أي مشكلة خاصة بنقل الأعضاء يجب أن تحل في إطار الاحترام الواجب للشخص وأقاربه، وسواء في ذلك المتبرع بالعضو أو المستفيد ، ولا يمكن أن يتحول الإنسان إلى حقل للتجارب فهناك قدر من الاحترام ينبغي مراعاته سواء بالنسبة لجسم الشخص أو جثته " (3).

ومما جاء على لسان البابا شنودة في الندوة العلمية حول نقل الأعضاء من المتوفين حديثا ، التي نظمتها الجمعية المصرية لأمراض الكلى بتاريخ 22

¹ - محمد سامى الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 293 .
وقد جاء فيها :. p33 , 1956 , cahiers laënnec , Greffe humaine et morale , TESSON -
« Mettre en doute la légitimité du don d'organes nécessaire à la survie d'un autre être humain peut sembler paradoxal et même scandaleux de la part de qui professe une morale de service et plus encore de la part de qui adhère à l'Évangile : n'est-il pas une forme éminente de la charité , cet acte par lequel on ne donne pas seulement ce qui possède , mais quelque chose de soi même ? » .

³ - محمد سامى الشوا ، المرجع السابق ، ص 295 .

ماي 1992 (1) : " إن الكتاب المقدس بعهديه القديم والجديد لم يأمر ولم ينه بخصوص نقل الأعضاء لأن هذا الموضوع لم يكن وارداً وقت ذاك ، ولكن روح الكتاب تدعو إلى العطاء وإلى إنقاذ الآخرين والحرص على حياتهم بقدر الإمكان. ومن تعاليم الكتاب المقدس يجوز نقل عضو من جسد إنسان حي ، لمنفعة إنسان آخر ولا ترى المسيحية في ذلك عبثاً بجسد المعطي أو إتلافاً له أو تمثيلاً به أو خدشاً لكرامته ..."

- أما في اليهودية فإنه يحظر على الفرد وضع نفسه في حالة خطر أو تشويه أو تقطيع لجزء من جسده إلا إذا كان سيحقق فائدة كبيرة للآخرين. وقد أكد الحاخام الأكبر كبلان Kaplan عدم معارضته لهذه العملية إن كانت ستساهم في إنقاذ حياة إنسان ، غير أنه عارض استثمار الجسم لأهداف علمية غير مشروعة، وهو الموقف الذي أكدته الجمعية العامة للباحثات الفرنسيين سنة 1978 (2).

المبحث الثاني

موقف الشريعة الإسلامية

بالنظر إلى عدم وجود نص صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية تعالج مسألة استئصال الأعضاء البشرية بغرض زرعها (3)، فإن المسألة تتدرج في إطار المسائل الاجتهادية، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين حول مدى مشروعية عمليات استقطاع وزرع الأعضاء بين مؤيد ومعارض. ويرجع اختلاف وجهات نظرهم إلى أن مسألة نقل وزرع الأعضاء ، تتنازعها عدة اعتبارات ومبادئ تشكل فهم كل فريق لمضمونها ونهجها في تفسيرها يركز إليها في إباحة أو تحريم هذه الممارسات الطبية والعلمية المستحثة (4).

¹ - ذكرها : محمد عبد الوهاب الخولي في كتابه المسؤولية الجنائية للأطباء ، المرجع السابق ، ص 169 و 170 .

² - BATIGNE , Les greffes d'organes en droit pénal, thèse. Montpellier, 1980 .

³ - فيما عدى ما ورد في القرآن الكريم بخصوص الانتفاع بحليب المرضعات في قوله تعالى " فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ " سورة الطلاق ، الآية 6.

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحي ، المرجع السابق ، ص 97 .

وقبل التعرض إلى أهم الآراء التي قيلت في المسألة، والفتاوى التي أصدرتها المجامع والهيئات الفقهية، نرى ضرورة الوقوف على القواعد الثابتة المجمع عليها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية متأخرين ومحدثين والتي يمكن حصرها فيما يلي:

◀ أولاً : التداوي من الأمراض ضروري :

ذهب بعض غلاة الصوفية بأنه لا يجوز التداوي ، وعللوا قولهم بأن الولاية لا تتم إلا إذا رضي بجميع ما نزل به من البلاء ، فالواجب على المؤمن أن يترك التداوي اعتصاماً بالله وتوكلاً عليه وثقة به ، وانقطاعاً إليه ، فإن الله قد علم أيام المرض وأيام الصحة ، فلو حرص الخلق على تقليل ذلك أو زيادته ما قدروا ، قال تعالى {مَا أَصَابَ مِنْ مُصِيبَةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي أَنْفُسِكُمْ إِلَّا فِي كِتَابٍ مِّن قَبْلُ أَنْ نَبْرَأَهَا إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ} (1). فما دام كل شيء بقضاء وقدر فلا حاجة إلى التداوي (2).

ويرد على هذا الزعم بأنه مخالف لما ورد عن النبي ﷺ من عموم الأمر بالتداوي، وترغيبه في ذلك في مواضع كثيرة ، وأن الأخذ بالأسباب وحصول الشفاء بالدواء ، كدفع الجوع بالأكل والعطش بالشرب، وأن التداوي لا ينافي التوكل على الله تعالى؛ لأن المسلم حين يتناول الدواء فإنه يعتقد بقلبه أن الشفاء لا يكون إلا بإذن الله تعالى (3). وللتداوي رخصة واسعة ، وتركه ضيق وعزيمة ، والله يحب أن يؤخذ برخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه. وقد وردت عشرات الأحاديث النبوية تتضمن الإشارة إلى طرق مختلفة في العلاج التي اتبعتها الرسول ﷺ ، وقد أنشأت المستشفيات في حواضر العالم الإسلامي ووقفوا الأموال الكثيرة على الأبحاث الطبية. فالطب كما يرى بعضهم : علم نظري وعملي ،

¹ - الحديد ، الآية 22

² - علي محمد يوسف الأحمدى ، المرجع السابق ، ص 13 ، نقلها عن الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ، {

193/17 و 139/10

³ - علي محمد يوسف الأحمدى ، المرجع نفسه ، ص 19 وما بعدها .

أباحث الشريعة تعلمه لما فيه من حفظ الصحة ودفع العلل والأمراض عن هذه
البنية الشريفة (1).

يقول ابن قيم : " ...وفي الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي ، وأنه لا
ينافي التوكل ، كما لا ينافيه دفع داء الجوع ، والعطش ، والحر ، والبرد بأضدادها ،
بل لا تتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسببها
قدراً وشرعاً ، وأن تعطيلها يقدر في نفس التوكل ، كما يقدر في الأمر والحكمة ،
ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل ، فإن تركها عجزاً
ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه
ودنياه ، ودفع ما يضره في دينه ودنياه ، ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة
الأسباب (2).

وعلى هذا الأساس جاء إجماع جمهور العلماء على ضرورة التداوي من
الأمراض ، واستندوا في ذلك إلى الأحاديث النبوية الشريفة ومنها ما رواه مسلم
في صحيحه : من حديث لإبي زبير ، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال
" لكل داءٍ دواءٌ ، فإذا أصيب دواءُ الداءِ ، برأ بإذن الله عز وجل " (3). وفي
صحيح البخاري ، عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن
النبي ﷺ قال " ما أنزل الله من داءٍ إلا أنزل له شفاءً " (4).

نعنقد بأنه يكفي ما ذكرناه، ولسنا بحاجة إلى الإسهاب في شرح وتوضيح
أهمية الطب والجراحة التي تعتبر أحد المصالح الخمس: الدين والنفس والعقل
والنسل والمال ، والتي من أجل صيانتها والمحافظة عليها وضعت الأحكام

1 - محمد بن محمد القرشي، معالم القرية في أحكام الحسبة، الهيئة المصرية للكتاب (بدون سنة) ص 253 .
2 - ابن قيم الجوزية ، زاد الميعاد في هدى خير العباد ، الطبعة السادسة، مكتبة المنارة الإسلامية ، الكويت ،
1984 ، ص 15 . ويتضمن هذا المرجع الكثير من آداب الطب في فصل مستقل بعنوان الطب النبوي .
3 - أخرجه مسلم : باب لكل داء دواء واستحياب التداوي .
4 - البخاري ، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء ، الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي
الحلبي وأولاده بمصر ، 1953 ، الجزء 4 ، ص 7

الشرعية. غير أن ممارسة الطب والجراحة يجب أن تمارس في إطار ضوابط يتقيد بها العمل الطبي و الجراحي على السواء.

«ثانياً : طبيعة حق الإنسان على جسمه .

يقتضى تحديد طبيعة حق الإنسان على جسمه تحديد طبيعة جسم الإنسان وهل يعد من قبيل الأموال ؟ .

لما كانت القاعدة أن التصرف في الشيء لا يرد إلا على ما يثبت ملكيته لصاحبه ، وبما أن حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع أما ملكية الرقبة هي لله عز وجل ، فإن تصرف الإنسان في جسمه أو في جزء منه هو تصرف فيما لا يملك. ولأن العقد باعتباره الإطار الشرعي في التصرفات، فقد اشترط الفقهاء لصحته أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد عليه وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مالاً متقوِّماً ، يجوز الانتفاع به ، وكان مملوكاً للعائد ، فإذا وقع العقد على شيء لم يستوف هذه الشروط فلا أثر له في نقل الملكية أو الانتفاع .وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز شرعاً التعاقد الذي يكون محله جزء من أجزاء الإنسان عضواً كان أو مشتقاً منه .

ينعقد إجماع الفقهاء على أن جسم الإنسان لا يعد مالاً من الأموال وبالتالي لا يجوز أن يكون محلاً للتعامل أو التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ولو كان بالهبة أو التبرع. ويستوي الأمر أن ترد هذه التصرفات على كامل الجسم أو جزء منه متصلاً كان أو منفصلاً عنه. فقد ذهب جمهور الحنفية على عدم جواز بيع حليب المرأة طالما كان في حيز مادي كالإناء، ذلك أنهم لا يعتبرون الحليب المنفصل عن ثدي الأم من الأموال، وبالتالي لا يجوز التصرف فيه (1).

وإذا كانت طبيعة الجسم تمنع من اعتباره مالا، فإن هذا لا يدل على أنه لا يجوز الانتفاع ببعض أجزائه رعاية لمصلحة راجحة وخاصة عند الضرورة، لاسيما وأن الحاجة إليها أصبحت ملحة، حيث لم تظهر الآن بدائل عنه، كما أن

¹ - أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، 1910 ، الجزء 3 ، ص 154.

رفضها يعنى الحكم على أشخاص كثيرين باليأس، وبالموت . لهذا يرى جانب من الفقه بأنه يجوز للفرد أن يتصرف وينتفع بأعضاء جسمه وأن يفيد غيره من الأفراد باعتباره مالكا لها ملكية مطلقة، متى كان ذلك لا يؤثر في قدرته على القيام بالتكاليف الشرعية المفروضة عليه⁽¹⁾. ومع ذلك فالأمر محل خلاف بين الفقهاء بين معارض ومؤيد، ولكل حججه ومبرراته نعرضها فيما يلي:

أولاً : المعارضون لعمليات نقل وزرع الأعضاء :

♦-ذهب بعض الفقهاء الأقدمون إلى عدم جواز الانتفاع بأعضاء الجسم البشري ، ومن ذلك ما قال به الإمام العز بن عبد السلام " ... وكذلك جناية الإنسان على أعضاء نفسه، يتفاوت إثمها بتفاوت منافع ما جني عليه، ويتفاوت ما فوته على الناس من عدله وإسقاطه وبرّه وإنصافه، ونصرتة للدين، وليس لأحد أن يتلف ذلك من نفسه، لأنّ الحق في ذلك مشترك بينه وبين ربه..."⁽²⁾. وجاء في تنقيح الفصول للقرافي أن حفظ الأعضاء هو حق لله تعالى ، ولو أذن في عضو من أعضائه لم يصح إذنه⁽³⁾.

♦-وقد ذهب أيضاً بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بعدم جواز نقل الأعضاء ، ويمكن إجمال ما ساقه هذا الاتجاه من أدلة تؤيد موقفه وهذا على النحو التالي :

1 يجمع الفقهاء على أن الحق في سلامة الجسم هي حق مشترك بين العبد وربّه وحق الله فيه غالب، مما يعنى عدم جواز تصرف الإنسان في جسمه أو جزء منه، وبالتالي يحرم بيع جزء منه أو التبرع به وهبته⁽⁴⁾. وفي السياق نفسه قال

1- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد: دراسة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، 1995-1996، ص54.

2 - الإمام العز بن عبد السلام ، المرجع السابق ، الجزء 1 ، ص 96 . وقال أيضاً في موضع آخر بتحريم إيذاء الشخص نفسه بأي أسلوب ، فيحرم عليه قطع عضو من أعضاء جسده أو جرحه لغير عذر لأن حفظ الأعضاء هو حق لله تعالى ... أنظر ص 95 .

3 - القرافي ، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ، حققه طه عبد الرؤوف سعد، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى ، 1993، ص 95.

4- الشيخ متولى الشعراوي - مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، في 26 فبراير 1987 . تحت عنوان: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعه؟ .

محمد متولى الشعراوى : " إن تبرع الإنسان إنما يجوز فيما يملكه، وهل يملك الإنسان جسمه بحيث يتصرف فيه بالتبرع أو غيره؟ أو هو وديعة عنده من الله تعالى، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه؟ وقد قالوا: الواقع أن الجسد ملك الله تعالى، فليس للإنسان حق التصرف فيه. وكما لا يجوز له أن يتصرف في نفسه- أي حياته- بالإزهاق والقتل، فكذلك لا يجوز له أن يتصرف في جزء من بدنه بما يعود عليه بالضرر...⁽¹⁾.

(2) أن اعتماد المؤيدين لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " غير منتجة في هذا المجال ، لأن لهذه القاعدة شق ثاني وهو " أن لا تنقص الضرورة عن المحظور " ، ويقصدون بذلك أنه لا يجوز اقتتراف المحظور إذا كان أشد من الضرورة . فاقتتراف المحظور في هذه العمليات، وهو اقتطاع جزء من الإنسان يعد أشد جسامة. ويضيفون أن قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " لم يقل بها الفقهاء المسلمون في جرائم النفس بما في ذلك جرائم الاعتداء على سلامة الجسم والحياة ، حيث لا يجوز إباحة دفع الضرر عن النفس بإيقاعه على أخرى . ولما كان استقطاع العضو من المانح يمثل اعتداءً على تكامله الجسدي وربما حياته ، فإن هذه العمليات تخرج عن نطاق تطبيق قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " ⁽²⁾.

(3) أن نقل وزراعة الأعضاء فيه إهدار لكرامة الإنسان ، فقد خلق الله الإنسان في أحسن تقويم ، قال تعالى { لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَن تَقْوِيمٍ } ⁽³⁾ ، فإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء بيعاً أو تبرعاً ، يتعارض مع كرامة الإنسان ، إضافة

¹ - انظر الشيخ يوسف القرضاوي ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 37 وما بعدها .

² - يوسف قاسم : تقرير مقدم في ندوة " الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي " نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين ، بكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، نوفمبر 1992 ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 1994 ، ص 57 .

³ - التين ، الآية 4 ، (لقد خلقنا الإنسان) الجنس (في أحسن تقويم) تعديل لصورته ، تفسير الجلالين .

إلى ما يترتب على هذه التصرفات من شبهات ومفاسد إذا ما راجت وانتشرت تجارة الأعضاء الأمر الذي يتعارض مع الشرع والأخلاق وأخلاقيات العمل الطبي (1).

4 أن الله عز وجل نهى عباده عن تعريض أنفسهم للتهلكة ، قال تعالى { ولا تُلقُوا بأيديكم إلى التهلكة } (2) فأقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده، هو في الواقع إهلاك للنفس وهو أمر مقطوع في سبيل إحياء الغير وهو أمر مظنون، ولفظ التهلكة عام يشمل كل ما يؤدي إليها وقطع العضو من نفسه يؤدي حتماً إلى هلاكه لأن في الآية أيضاً تحريم الأذية بالنفس بتلف أو إضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعاً، ونزع الجزء من بدن الحي لزرعه في غيره مما يؤدي حتماً إلى إتلاف البدن أو إضعافه على أقل تقدير(3). وقال آخرون بحرمة هذه العمليات إلى ما جاء في قوله تعالى {وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ} (4) ووجه الدلالة في هذه الآية ، أن عمليات نقل الأعضاء هي تغيير لخلق الله وهذا أمر محرم (5).

5 إن عمليات نقل وزرع الأعضاء قد ينتج عنها مضاعفات جراء رفض الجسم للعضو المغروس ، مما يتطلب تثبيط هذه المناعة بإعطائه بعض العقاقير ، وقد تسبب به مخاطر ، وقد يعرضه ربما لخطر الموت ، لهذا لا يجوز الإقدام على هذه العمليات التي تعرض جسم الإنسان للخطر ، عملاً بالقاعدة الفقهية الضرر يدفع قدر الإمكان ، وقاعدة النظر في المآلات معتبر مقصود شرعاً (6).

ثانياً : المؤيدون لهذه العمليات بشروط :

انعقدت ندوات ومؤتمرات كثيرة خصصت لمناقشة مسألة مشروعية عمليات نقل الأعضاء وزرعها، وتبنت مختلف المجامع الفقهية هذه الآراء وبذلك صدرت الفتاوى بين المجيزين مطلقاً وبين المجيزين بقيود. وجاء سند القائلين بجواز هذه

1 - صفوت حسن لطفي ، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الأدمية ، (بدون ناشر) 1992 . ص 15 .

2 - البقرة ، الآية 195 .

3 - عقيل بن احمد العقيلي ، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، دار نوبار للطباعة ، 1992 ، ص 62 .

4 - النساء، الآية 119

5 - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، مكتبة الصديق الطائف ، السعودية ، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص 335 .

6 - صالح بن محمد الفوزان ، الجراحة التجميلية ، عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة ، دار التدمرية ، الرياض دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 431 .

العمليات بالاعتماد على نصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وأيضاً على بعض الآراء الاجتهادية، نعرض لكل هذا فيما يلي :

أولاً : الأدلة المستمدة من القرآن الكريم :

- قوله تعالى: [من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا]⁽¹⁾. فوجه الدلالة أن قوله تعالى: [ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا]، عام يشمل كل إنقاذ من هلاك، وعليه فإنه يدخل فيه تبرع الإنسان لأخيه الإنسان بعضو من أعضائه لإنقاذه من الهلاك أو يعيد الله بصره الذي فقد نوره.⁽²⁾

- وقوله تعالى في سورة البقرة: [إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم] ⁽³⁾ . ووجه الدلالة في الآية الكريمة أنها أباحت المحرمات عند الضرورة بشكل مطلق عن أي قيد، وعلى هذا فلا فرق بين محرم ومحرم، فيحل كل محرم للمضطر سواء كان ذلك للغذاء أم للدواء، وبناء عليه فإن الزرع أو الغرس المتجانس للأعضاء بين الأحياء يدخل في عموم المحرمات التي تباح عند الضرورة، أما المحرمات التي تناولتها تلك الآيات فهي بعض من كل لأن ثمة محرمات أخرى ألحقت بها فيما بعد في القرآن الكريم والسنة المطهرة، وأكبر شاهد على هذا تحريم الخمر، وقد جاء في آية مستقلة عن تلك الآيات التي فصلت ما حرم علينا ربنا عز وجل.⁽⁴⁾

ثانياً: الأدلة الاجتهادية المستند إليها :

¹ - سورة المائدة ، الآية 32
² - فتوى لجنة الإفتاء بالمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 06 ربيع الأول عام 1392 هـ الموافق لـ 20 أبريل 1972.
³ - سورة البقرة، الآية 173.
⁴ - كمال الدين جمعة بكر ، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية ، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالتشريعات اليهودية والنصرانية والقوانين الوضعية، دار الخير، بيروت، الطبعة الأولى ، 2001، ص 242 و 243.

استدل القائلون بجواز إجراء عمليات نقل الأعضاء ببعض القواعد الكلية ،
نعرض للبعض منها فيما يلي :

(أ) **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات:** وهي أن الممنوع والمحظور يصبح مباحا كلما اقتضت الضرورة فالمكلف إذا بلغ مقام الاضطرار، وخشي على نفسه الهلاك فتحقيقا للمقصد الشرعي: حفظ النفس أجاز له الشارع الحكيم ارتكاب المحظورات(1). يقول العز بن عبد السلام في مناسبة العلل لأحكامها " الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات ، جلباً لمصالحها ، كما أن الجنايات مناسبة لإيقاع العقوبات درءاً لمفاسدها (2).

وقد حدد الفقهاء ضوابط الضرورة الموجبة للترخيص ومنها (3) :

- أن تكون الضرورة حقيقية لا متوهمة.
- أن تكون الضرورة حاصلة لا منتظرة .
- أن يقع الضرر على أحد أو بعض من الكليات الخمس، وهي: الدين، النفس ، العقل، العرض ، المال .
- ألا توجد وسيلة لدفع الضرر غير ارتكاب المحرم ، لقيام العذر المبيح ، الذي يؤدي بهلاك أو إلحاق الضرر بأي من الكليات الخمس .
- أن يرتكب المحرم بقدر ما يدفع الضرر، أي أن الإباحة ليست مطلقة بل مقيدة بقدر ما يدفع الضرر و لا يتوسع في ذلك.

(ب) **قاعدة المشقة تجلب التيسير:** فبلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها هي موجبة للتيسير والتخفيف، ويلزم التوسيع في وقت الضيق تقريراً

1 - أشرنا في فقرة المعارضون لعملية نقل الأعضاء ، أن الاعتماد على هذه القاعدة كأساس لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء لا يبدو واضحاً ويحتاج للدقة، حيث يرى أنصار الاتجاه الأول القائل بعدم مشروعية هذه الممارسة أن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات لها شق ثان لا ينفصم عنها ولا يجوز إغفاله إذا ما كنا بصدد أعمال هذه القاعدة وهو ألا تنقص الضرورة عن المحظور وبعبارة أخرى ينتفي تطبيق القاعدة كلما كان المحظور المراد اقترافه أشد من الضرورة الملجئة إليه وهذا الشق الأخير مصدر للقاعدة الفقهية: الضرر لا يزال بمثله، ولما كانت عمليات نقل الأعضاء بنجم عنها أضرار حتمية ومؤكدة تصيب المنقول منه العضو فإن اقتراف المحظور في هذه العمليات هو غير جائز باعتبار أن جسامه الأضرار قد تفوق جسامه اقتراف ذلك المحظور....

2- الإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي ، الرجوع السابق ، الجزء الثاني ، ص 3.

3 - أنظر في ذلك : وهبي الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة 2 ، سنة 1399 هـ ، ص 70-72 .

للقاعدة الفقهية " الأمر إذا ضاق اتسع ". فقد استقر في ضمير هذه الأمة منذ عهد سلفها الصالح إلى يومنا هذا أن الله قد يسر على عباده ما كان عسيراً وخفف عنهم ما كان مرهقاً ولأن في المشقات إحراج، كان رفع الحرج روح الشريعة وسمته المميزة (1). فبناءً على هذه القاعدة، فإن نزع العضو من الإنسان حرام في الأحوال العادية لكنه إذا حدث موقف اضطراري تهددت فيه حياة مريض بالموت فإن نزعه أمر استوجبته مشقة المضطر إليه.

وقد لجأ البعض إلى قياس أشباه ونظائر الفقه الإسلامي، ومن ذلك ما قال به البعض بأن الفقهاء الأقدمون لم يعالجوا مسألة الانتفاع بأعضاء الأدمي في حالات الاضطرار إلا بصفتها غذاءً، فإن تحليلهم الفقهي لأحكام هذه الحالات يسري بطريق القياس على استعمال هذه الأجزاء كوسيلة للعلاج على أساس أن ما يقولونه في أكلها بحسب تصور عصرهم، إنما يقابله في عصرنا استعمالها كوسيلة للعلاج. (2)

ج) وعن قولهم أن الإنسان ليس له حق التصرف في جسمه لأنه ملك لله:

فقد رُد عليهم بأن الجسم وإن كان وديعة من الله تعالى، فإن الشرع جعل له نوع من الولاية على جسمه، فقد مكن الله الإنسان من الانتفاع به والتصرف فيه، كالمال، فهو مال الله تعالى حقيقة، كما أشار إلى ذلك القرآن بمثل قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ (3). فهو خالق المال ومنشئ مادته ولكنه ملك الإنسان هذا المال بتمكينه من الاختصاص به والتصرف فيه... والفرق بينهما: أن الإنسان قد يجوز له التبرع أو التصدق بماله كله، ولكن في البدن لا يجوز التبرع ببدنه كله، بل لا يجوز أن يتبرع المسلم بعضو وحيد من بدنه كالقلب والكبد، أو بعضو يضر التبرع به، لأنه لا يجوز له أن يزيل ضرر غيره

1 - يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، مكتبة الرشد الرياض، ط الطبعة الرابعة، سنة 2001، ص 21.

2 - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع شرف الدين - الكويت تايمز - سنة 1983، ص 121.

3 - النور، الآية 33

بضرر نفسه؛ لأن القاعدة المتفق عليها: أن الضرر لا يزال بضرر مثله، أو أكبر منه (1).

ثالثاً: موقف الهيئات والمجامع الفقهية المعاصرة من عمليات نقل وزرع الأعضاء:

مما تجدر ملاحظته أن العديد من المجامع الفقهية والهيئات الدينية، أفتت بجواز هذه العمليات وفقاً للشروط والضوابط الفقهية السابق بيانها، ومن ذلك:

◆ قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي سنة 1985 ، فقد أضيف وصف العمل الحميد والخير والجائز شرعاً . ومن أهم ما اشترطه المجمع، أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو الغالب " (2) .

◆ قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثالثة سنة 1987، حيث جاء في قرارها د 88/8/4 ما يفيد جواز نقل الأعضاء بالشروط المعتمدة شرعاً ، سواء تعلق الأمر بالأعضاء البشرية أو المنتجات والمشتقات البشرية الأخرى (3) .

◆ فتوى مجلس علماء وفقهاء المسلمين بإنجلترا بتاريخ 26 أوت 1995 ، حيث انتهى في قراره بأن عمليات زرع الأعضاء جائزة شرعاً استناداً إلى حالة الضرورة وكذلك التراحم بين المسلمين ومبدأ الإيثار على النفس ، الذي يجد له تطبيقاً نموذجياً في التبرع بعضو من الجسم لإنقاذ من أشرف على الهلاك أو استعصى مرضه على الشفاء بالوسائل العلاجية الأخرى .

◆ فتوى دار الإفتاء المصرية في 18 مارس 1997، أجازت عمليات نقل الأعضاء فيما بين الأحياء والجثث طالما كانت هناك ضرورة لذلك، وحددت جملة من الشروط والضوابط منها، رضا المانح، واستحالة الشفاء بوسيلة أخرى وغيرها .

1- يوسف القرضاوي ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 38.
2- الدورة الثامنة للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، المنعقدة في مكة المكرمة من 19 إلى 28 جانفي 1985 ، منشور في : محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، الطبعة الأولى ، سنة 1994 ، ملحق رقم 8 ، ص 287 .
3- ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الخمسة عشر ، المرجع السابق ، ص 36 وما بعدها .

نخلص إلى القول ، بعد عرض أدلة الإباحة وأدلة التحريم لعمليات اقتطاع ونقل الأعضاء ، إلى أن الله تعالى قال محكم التنزيل، لِمَنْ أَجَلٌ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا {1} ، أي أن إنقاذ نفس واحدة يعد بمثابة إحياء للناس جميعاً، كما تفيد الآية الكريمة ، وإنقاذ إنسان إنما يحفظ مصلحة اجتماعية لأن الواحد يمثل النوع في جملته. وعليه فإن إعطاء إنسان عضواً من أعضائه لإنسان آخر مريض يعد عملاً مميزاً للتضامن الإنساني ومعبراً عن معاني الرحمة والمودة. على أن تتم العملية مراعاة لأمرين أساسيين هما:

1- أنه لا يعتبر نقل وزرع الأعضاء عمل خير ومميزاً للتضامن الاجتماعي إلا إذا كان الهدف منه تحقيق غاية علاجية مجردة من الاعتبارات المالية.

2- تفترض عملية استقطاع عضو من جسم إنسان لزرعه في جسم إنسان آخر مريض الموازنة بين : مصلحة المعطي و مصلحة المتلقي والمقارنة بينهما . وبعد أن يواجه الطبيب مصلحة كل من المعطي والمتلقي على انفراد فإنه يدخلهما في إطار واحد هو إطار الضرورة.

الفصل الثاني

الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء وأثره

على نطاق الحماية القانونية للجسم البشري

لا أحد ينكر أهمية الطب والجراحة في المحافظة على النفس البشرية التي تعد إحدى المصالح الخمس (الدين، النفس، العقل ، النسل ، المال) التي من أجل حمايتها وصيانتها وضعت الأحكام الشرعية . غير ممارسة هذه الأعمال الطبية ، بشكل عام ، والجراحية بشكل خاص تقتضى المساس بجسم الإنسان ، ومن هنا

¹ - سورة المائدة ، الآية 32

يثور التساؤل عن كيفية التوفيق بين مبدأ حرمة جسم الإنسان وصون حياته وتكامله الجسدي ، والمبرر الذي يسمح للطبيب بالتدخل الجراحي في جسم الإنسان. ما من شك في أن هذا التوفيق بينهما يتم حتما عن طريق وضع ضوابط يلتزم بها العاملون في الحقل الطبي والجراحي حتى لا يحدوا عن الهدف النهائي وهو المحافظة على حرمة الجسم البشري وصيانة صحته.

وقبل التعرض إلى مسألة الأساس القانوني المبرر للعمليات الطبية الحديثة على جسم الإنسان ، فإننا سنتعرض إلى تحديد أمرين هما : الأول تحديد الطبيعة القانونية للحق السلامة الجسدية ، لنتناول بعد ذلك الأساس القانوني والفقهية الذي اعتمده الدول في تشريعاتها لإباحة المساس بالكيان الجسدي للإنسان ، في إطار ما يعرف بنقل وزرع الأعضاء .

♦ حماية الحق في السلامة الجسدية :

يقصد بالسلامة الجسدية للإنسان تجريم كل فعل أو امتناع يمس بهذه السلامة، والحماية تبتغي سير جسم الإنسان على نحو طبيعي، لما في ذلك من مصلحة أساسية للفرد والمجتمع معاً وهذه المصلحة هي مناط الحماية ، والحماية بهذا المعنى تقتضي أن يحتفظ الإنسان بتكامله الجسدي وألا يتعرض جسمه لاعتداء بدني أو نفسي ، وهو ما يعرف بالاحتفاظ بالمستوى الصحي العام . ومن مقتضيات ذلك أن يحتفظ الإنسان بسير أعضائه وأدائها لدورها كاملاً دون خلل أو علل وهو الحد الأدنى لهذه الحماية⁽¹⁾.

فأجهزة الإنسان تعمل في وحدة متناغمة ومعقدة في الترابط معاً ، فأبي مساس بسير هذه الأعضاء أو بعضها يشكل اعتداءً على الحق في السلامة الجسدية للإنسان . وقد توسع البعض في هذا لتشمل أيضاً الأعضاء التي تنقل إلى

¹ - فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز، الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1990 ، ص 43 .

الإنسان من غيره أو الأعضاء الصناعية ما دامت متصلة به ، فهي تؤثر في جسم الإنسان إذ لا عبرة بالتقول بأنها غير أصلية في الجسم⁽¹⁾.

كما أن كل فعل يحدث ألماً يعد مساساً بالجسم حتى ولو لم يترتب على ذلك خلل بصحة الإنسان الذي وقع عليه الألم. وما من شك في أن الراحة البدنية تكمن أصلاً في الراحة النفسية ، ذلك أن إيذاء النفس أبلغ خطراً على صحة الإنسان . فمحل الحماية إذاً هي الإنسان بمادته وروحه ، إذ أن الجانب المادي هو جسم الإنسان من حيث أعضاء هذا الجسم ، التي من خلالها يقوم الجسم بأداء وظائفه الفسيولوجية والسيكولوجية⁽²⁾ .

أما الجانب النفسي يشير إلى كيان الإنسان وشعوره ومعنوياته ، ذلك أن أهم ما يميز الإنسان ويؤكد وجوده هو نشاطه النفسي وانفعالاته وإدراكه ، ولا شك أنه ثمة علاقة وثيقة بين النشاطين المادي والنفسي للإنسان وهي ما تعرف لدى جمهور الفقهاء " بحقوق الشخصية " وهي الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة ، وهذه الحقوق قسماً حقوق واردة على المقومات المادية للشخصية ، وفي طليعتها الحق في الحياة ، والحق في السلامة البدنية أو الجسمية ، وحقوق واردة على المقومات المعنوية للشخصية كالشرف والاعتبار والكرامة والمشاعر وغيرها⁽³⁾.

وهكذا خلص البعض إلى تحديد سمات هذه الشخصية في أربع⁽⁴⁾ :

1. أنها وحدة متكاملة متفاعلة يؤثر بعضها في الآخر.
2. أنها تتطوي على مكونات بيولوجية عضوية ونفسية واجتماعية.
3. أن أي اضطراب في جانب منها يؤثر في الجانب الآخر.
4. أن لكل فرد ذاتية خاصة يستقل بها ويتميز بها عن غيره.

¹ - أنظر في هذا المعنى : شفيق عبد المالك ، علم تشريح جسم الإنسان ، الجزء الأول ، القاهرة 1959 ص 221.

² - شفيق عبد المالك ، المرجع نفسه ، ص 1 وما بعدها .

³ - حسن كره ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1975 ، ص 449 وما بعدها.

⁴ - حسن سعد سند ، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الثانية، سنة 2004 ، ص 27 وما بعدها .

أما عن طبيعة الحق في سلامة الجسم البشري، هل هو ذو طبيعة فردية أو اجتماعية؟ للإجابة على هذا السؤال اختلف الفقه بين من يضيف عليه الصفة الفردية ويرى آخر على أنه ذو طبيعة اجتماعية. وكما ذكرنا فإن الحق في السلامة الجسمية يعد من طائفة الحقوق الشخصية مما يضاف عليها الطابع الفردي. غير أنه وبالنظر إلى كون الإنسان يعيش مع غيره في مجتمع ويتبادل مع باقي أفراد الالتزامات الاجتماعية، فإنه يمكن للمجتمع إخضاع جسمه لمجموعة من الأفعال الوقائية كالتطعيم الإجباري ضد بعض الأمراض، مما يمس بالطابع الفردي لهذا الحق ويجعل بالتالي من الحق في سلامة الجسم ذو طبيعة اجتماعية⁽¹⁾.

وعليه، فإن كان أصل الحق في سلامة الجسم هي مصلحة يقرها القانون للشخص، وهذا تعبير عن الطابع الشخصي النابع عن الطابع الفردي لهذا الحق، غير أن هذا ليس هو الجانب الوحيد بل هناك جانب اجتماعي تتمثل في أن الحق في سلامة الجسم تتولد عنه عدة مزايا للمجتمع، مما يعطى الحق للمجتمع في المساس بسلامة جسم الفرد رغماً عنه تحقيقاً لمصلحة اجتماعية.

ومن أمثلة ذلك ما جاءت به بعض التشريعات، ومنها الجزائر في مجال الوقاية من الأمراض المعدية حيث جعل التلقيح للوقاية منها إجبارياً⁽²⁾. فقد نصت المادة الأولى من المرسوم رقم 88/69⁽³⁾ على أنه "إن الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد الشلل والخنق والكزاز والشهق وشلل الأطفال والجدري تكون إجبارية. كما نصت المادة الثانية منه على أنه "يجوز الأمر

¹- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 46.

²- نص المشرع الفرنسي في مجموعة من القوانين الخاصة بالوقاية من الأمراض المعدية، ومن ذلك على سبيل المثال: قانون 15 فبراير 1902 الخاص بالتطعيم الإجباري ضد مرض الجدري، وقانون 24 نوفمبر 1940 الخاص بالتطعيم الإجباري ضد التيتانوس *tétanos*، وقانون 5 جانفي 1950 الخاص بالتطعيم الإجباري ضد السل *tuberculose*. وفي مجال العلاج وفي إطار مكافحة مرض الزهري فالمادة 255 من قانون الصحة العامة ألزمت كل شخص مصاب بأعراض الزهري أن يعرض نفسه على طبيب للفحص والعلاج وغيرها.

³- المرسوم 88/69 المؤرخ في 18 جويلية 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري

بالتلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية ونظيرة التيفية والحمى النمشية في حالة الوباء أو خطر حصوله أو انتشار أمراض معدية أخرى...⁽¹⁾.

وفي مجال العلاج الإجباري فقد نصت المادة 112 قانون الصحة وترقيتها على ما يلي : " إذا ارتأت السلطات العامة اتخاذ قرار بإجراء الفحص الإجباري في الأمراض العقلية لاسيما في حالة وجود خطر محقق بالمريض نفسه أو بغيره بسبب المرض، أمكنها أن تتخذ هذا القرار بوضع عبارة " فحص إجباري في الأمراض العقلية" على مطبوعة طلب الفحص المذكور " .

يتضح من هذا النص أن المشرع فرض العلاج على الأشخاص وبذلك خالف القواعد العامة المستقر عليها في مجال العمل الطبي التي تقوم أساساً على أن العلاج يتم برضا المريض ، الذي أقرته المادة 154 من القانون نفسه بقولها " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك " .

وهكذا نصت التشريعات الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء على إباحة مثل هذه الممارسات الطبية على جسم الإنسان ، إلا أن الخلاف ثار بين الفقهاء حول أساس هذه الإباحة ولذلك ظهرت عدة اتجاهات محاولة إيجاد مبرر وأساس لمشروعية هذه العمليات ، كما حددت شروطاً يجب توفرها في كل من المانح والمتلقي والطبيب والمؤسسات المرخص لها بإجراء هذا النوع من العمليات الجراحية ، وهذا ما سنتعرض له في المبحثين المواليين .

المبحث الأول

الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء

يتجه أغلب الفقهاء إلى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء، إلا أن الخلاف ثار حول أساس هذه الإباحة، لذلك ظهرت عدة اتجاهات محاولة إيجاد أساس

¹ - بل أكثر من هذا فقد نص المشرع على عقوبات جزائية في حالة عدم مراعاة هذه التلقيحات ، فقد نصت المادة 14 منه على أنه " يعاقب كل من يرتكب مخالفة لأحكام هذا المرسوم بغرامة تتراوح ما بين 30 إلى 500 دج " .

لمشروعية هذه العمليات، والتي يمكن ردها إلى نظريتين أساسيتين هما: نظرية الضرورة، ونظرية المصلحة الاجتماعية.

وقبل الخوض في النظريات الفقهية التي حاولت إيجاد الأساس الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء، تجدر الإشارة إلى أن هذه العمليات تترتب عنها علاقات قانونية ثلاثية، المتنازل، الطبيب والمناح. فالفرض أن هناك مريضاً أصبحت وسائل علاجية بالمداواة أو الجراحة غير مجدية معه بسبب إصابة عضو من جسمه بتلف لا يمكن إصلاحه ، ومن ثم لا يمكن إنقاذه إلا عن طريق استبدال العضو التالف بعضو سليم ، ولا يتسنى هذا الأمر إلا باللجوء إلى شخص آخر لاستئصال العضو السليم منه وزرعه للمريض .ومن هنا تنشأ أولى العلاقات القانونية بين المتنازل والطبيب الذي يتولى استئصال العضو المطلوب . وبعد أن ننتهي من هذه العلاقة تنشأ علاقة ثانية وهي بين المتنازل والتنازل إليه ، سواء كان شخصاً معيناً بالذات أو لفائدة بنك مثل بنك العيون مثلاً . وبعدما تتوفر قطعة الغيار المستأصلة تنشأ علاقة ثالثة بين المريض والطبيب الذي يتولى الزرع .

وعليه، فعمليات نقل وزرع الأعضاء تثير الكثير من المسائل التي تثور عادة في مجال القانون الطبي ، مثل علاقة المريض والطبيب . غير أن الجديد في الأمر هو أن المتبرع بالعضو لا توجد مصلحة علاجية بالنسبة له ، حيث سيستأصل جزء منه سليم ، وهذا ما يشكل عقبة حقيقية أمام رجال فقه القانون الجنائي الذين يحاولون إيجاد أساس قانوني لهذه العملية المتمثلة في استئصال عضو من شخص سليم معافى لا يشتكى من علة تبرر التدخل الجراحي عليه ، مما يعني أن هذا التدخل يشكل في نظر قانون العقوبات جريمة إيذاء تتدرج في جسامتها من جنحة إلى جناية .

وبهدف إيجاد المبررات الشرعية لمثل هذه العملية، ظهرت عدة نظريات، كما ذكرنا ، أهمها نظريتا : الضرورة والمنفعة الاجتماعية.

المطلب الأول

نظرية الضرورة

لما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء تتطوي على إلحاق ضرر بشخص المانح لتفادي خطر يحيق بشخص آخر وهو المريض (المتلقي) ، فإن جانباً من الفقه وجد في نظرية الضرورة أساساً قانونياً يمكن الارتكاز إليه لإباحة عمل الطبيب الجراح الذي يقطع العضو من شخص سليم ويزرعه في شخص آخر مريض . غير أن أصحاب هذه النظرية يرون بأن مبرر الضرورة لا يكفي لوحده لتبرير هذه العمليات فقد أضافوا شرط رضا المانح . من هنا سوف نعرض أولاً مضمون هذه النظرية ثم تقييمها .

الفرع الأول

فحوى نظرية الضرورة

ما من شك في أن عملية استقطاع عضو من جسم إنسان تشكل جريمة اعتداء على سلامة الجسم وتكامله الجسدي ، لهذا التجأ الفقهاء الدارسين للممارسات الطبية الحديثة إلى نظرية الإباحة وموانع العقاب كمبرر لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء بهدف إخراج هذه الأعمال من نطاق التجريم فيتحول الفعل عندئذ إلى فعل مشروع وتنتفي عنه الصفة غير المشروعة (1) . ومقتضى سبب الإباحة هو خضوع الفعل لنص تجريم واكتسابه ابتداءً صفة غير مشروعة ولكن يترتب على توفر سبب الإباحة إخراج الفعل من نطاق التجريم فيتحول الفعل عندئذ إلى فعل مشروع وتنتفي عنه الصفة غير المشروعة ، لذلك فإن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان (2) .

فحالة الضرورة باعتبارها سبب من أسباب الإباحة ، يقصد بها وضع من يتراءى له أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره أن يسبب ضرراً أقل للغير ، وبالتالي فإن من يوقع ضرراً بغيره وهو في حالة ضرورة لا

¹ - يوصف الفعل بأنه غير مشروع ما لم يخضع لسبب من أسباب الإباحة وهي : ما أمر به القانون أو أذن به ، حالة الدفاع الشرعي ، حالة الضرورة و رضاء المجني عليه في بعض أنواع الجرائم
² - محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، 1963 ، ص 165

يعتبر قد ارتكب خطأ، لأن الشخص العادي كان سيفعل مثل ما فعل (1). ومن هنا يرى أصحاب هذه النظرية أن مشكلة نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء خاصة، تثير مسألة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة، وهي تدخل أساساً في ما يطلق عليه بحالة الضرورة. ولما كانت حالة الضرورة في جوهرها لا تعدو كونها عملية موازنة بين ضرر وخطر يرجح أحدهما على الآخر بحسب جسامته بحيث يرتكب الأخف بغرض دفع الضرر الأكبر أو الأخطر ، فإنه تنتفي المسؤولية الجزائية عن مرتكب هذه الأفعال أو ما تسمى بجريمة الضرورة رغم كونه قام بعمل يعد من قبيل السلوك الإجرامي لولا وجود ذلك الخطر الذي اعتبره المشرع الجزائي مسوغاً لامتناع قيام المسؤولية الجزائية . لهذا وجد جانب من الفقه في نظرية الضرورة أساساً قانونياً يمكن الاعتماد عليه لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء انطلاقاً من أن ما يقع من ضرر على المانح يبرره دفع خطر الهلاك والمرض عن المتلقي.

فحالة الضرورة إذاً ، تمثل نموذجاً للصراع بين المصالح المتناقضة ، وذلك عندما يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على النفس وشيك الوقوع به أو بغيره ، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر، وهنا يحدث الصراع بين مصلحتين إحداهما أجدر بالرعاية من الأخرى (2).

فالعامل الطبي نوعان : عادي يقوم الطبيب فيه بعملية موازنة عادية بين المخاطر والآمال بالنسبة لنفس الشخص أي بالنسبة لمريض واحد أمامه ، فالمريض يتحمل خطراً ضئيلاً في سبيل تقادي الكثير من المخاطر، أما في مجال نقل وزرع الأعضاء تكون الموازنة غير عادية فهي لا تكون متعلقة بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص، فتقدير المخاطر تكون بالنسبة للمتنازل عن العضو

1 - حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1975 ، ص 46 .
2 - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية القاهرة 1985 ، ص 385

وهو شخص سليم ، والآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض المتلقي للعضو .
فمهمة الطبيب في مواجهة المريض لا تختلف عن مهمته في علاج الأشخاص
العاديين أي أن الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها نتيجة المرض والآمال
التي يأمل تحققها بالنسبة للمريض .

أما بالنسبة للمتنازل، فهو شخص سليم يترتب على تنازله إصابته بعاهة
مستديمة، ولا يمكن القول بأن مصلحة المريض في حد ذاتها أرجح من مصلحة
المتنازل⁽¹⁾ . لهذا فإن الموازنة طبقاً لحالة الضرورة لا بد أن تكون وفقاً للشروط
التالية⁽²⁾ :

(أ) - أن يكون هناك خطر محقق بالمريض بحيث يترتب على عدم زرع
عضو جديد له من شأنه أن يؤدي لا محالة إلى تدهور حالته الصحية أو موته .
(ب) - يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من ذلك الضرر الذي
سيلحق بالمتبرع بالعضو .

(ج) - أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن
طريقها إنقاذ المريض وأن يهيئ لها كافة العناصر اللازمة للنجاح من حيث
مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض .

(د) ألا يؤدي نزع العضو إلى موت المتبرع أو إلى إصابته بنقص خطير
ومستديم في وظائف جسمه .

وبناءً على نظرية الضرورة ، فإن كل عمل طبي لا بد فيه من القيام
بعملية مقارنة أو موازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء ، وفي مجال نقل
وزرع الأعضاء فإن مشروعية هذه العملية تركز على أن الطبيب الذي يقوم
بإجراء العملية إنما يدفع خطراً جسيماً يهدد الغير (المريض المتلقي) ، وذلك
بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو (المانح) .

¹ - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 39 .
² - محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 200 .

لقد ظهرت نظرية الضرورة في ستينات القرن الماضي في فرنسا لملا الفراغ التشريعي الذي ظل سائداً حتى سنة 1967⁽¹⁾، وهو التاريخ الذي ظهر فيه أول قانون يعالج عمليات نقل وزرع الأعضاء⁽²⁾. وقد شهدت تطبيقاً لها في مجال نقل وزرع الأعضاء في فرنسا سنة 1961، حينما أراد أحد الأطباء انتزاع إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر 14 عاماً من أجل نقلها لأختها التوأم التي كان يتهددها خطر جسيم. هذه العملية كانت محل جدل كبير لاسيما بخصوص المسؤولية الجنائية للجراح وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر قيامه بإجراء مثل هذه العملية. وللوقوف على مدى مشروعية العملية لجأ المجلس القومي للأطباء إلى القضاء لمعرفة موقفهم من الأمر، فكان ردهم إيجابياً، حيث أجازوا إجراء عملية نقل كلية الطفلة إلى أختها قياساً على ما يقوم به الأطباء من إجراءات الإجهاض في حالات الضرورة الطبية، وحيث أن هناك خطر قد يؤدي بحياة المريضة، وبما أنه لا سبيل لتلافي ذلك الخطر إلا بانتزاع الكلية من الأخت من أجل إنقاذ أختها، لذلك فإن إجراء هذه العملية أمر جائز ولا يرتب أية مسؤولية جنائية على الطبيب⁽³⁾.

نشير في الأخير إلى ما أثير من جدل فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لحالة الضرورة، فهل هي مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، أو سبباً من أسباب الإباحة؟ فإنه في الواقع أن تحديد هذه الطبيعة يتوقف على العلة التي تقوم عليها حالة الضرورة، وفي هذا الإطار تبنى الفقه الجنائي اتجاهين⁽⁴⁾ وهذا على التفصيل التالي.

الاتجاه الأول: يرى أن علة الإعفاء من المسؤولية الجنائية تكمن في فعل الشخص الذي ارتكبه تحت تأثير الضرورة، أي أن أساس الإعفاء هو سبب موضوعي، وبالتالي فإنه وفقاً لهذا الاتجاه، فإن حالة الضرورة تعد سبباً للإباحة،

¹ - مهند صلاح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 73.

² - Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص 64

⁴ - أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 37 وما بعدها.

ويترتب بالتالي، على اعتبار الضرورة سبباً لإباحة عملية نقل الأعضاء ، أن الفعل الذي يقوم به الطبيب الجراح والمتمثل في استئصال عضو من جسد إنسان سليم ، دفعاً للخطر الجسيم الذي يحيق بالمريض ينتمي عنه الصفة غير المشروعة ويصبح مباحاً جنائياً ولا يسأل الطبيب مدنياً عن تعويض ما يحدثه من ضرر .

الاتجاه الثاني : على خلاف الاتجاه الأول الذي يرجع سبب الإعفاء من

المسؤولية الجنائية إلى سبب موضوعي ، فإن هذا الاتجاه يرى بأن أساس الإعفاء من المسؤولية هو شخصي يتعلق بمرتكب الجريمة ، ذلك أنه في جريمة الضرورة ترتكب تحت ضغط الظروف الخارجية المهددة بخطر جسيم على النفس أو على الغير ، ومن ثم فمرتكب جريمة الضرورة يفقد اختياره إلى حد كبير ، مما يترتب على ذلك إعفاءه من المسؤولية الجنائية عن الفعل الذي ارتكبه ، فهي تعد بذلك مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية . وتطبيقاً لهذا الاتجاه في مجال نقل الأعضاء ، فإن الظروف المهددة بخطر جسيم على الغير (وهو المريض) والتي أحاطت بالطبيب الجراح جعلته يفقد فيها اختياره إلى حد كبير ، مما يبرر إعفاءه من المسؤولية الجنائية حين يقوم باستئصال عضو من جسم إنسان سليم لزرعه في جسد هذا المريض إنقاذاً لحياته .

غير أن إعفاء الطبيب الجراح من المسؤولية الجنائية ، لا يمنع من مساءلته مدنياً عن الضرر الذي ينشأ عن هذه العملية عملاً بأحكام المادة 130 من القانون المدني الجزائري (1) التي نصت على ما يلي " من سبب ضرراً للغير ليتقاضي ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً " . فهذه المادة تدل بشكل واضح على أن حالة الضرورة لا تعتبر سبباً من أسباب الإباحة.

وعلى هذا الأساس يرى البعض أن حالة الضرورة ، سواء أكانت سبب إباحة أو مانع من موانع المسؤولية، لا يصلح سنداً قانونياً لإباحة عملية استئصال الأعضاء ومن ثم لا يعفى الطبيب الجراح من المسؤولية الجنائية، ذلك لأن حالة

¹ - كما نصت المادة 168 من القانون المدني المصري على نفس المعنى

الضرورة وإن توافرت شروطها بالنسبة للمريض فإنها لا تتوفر بالنسبة للمانح .
ومن جهة أخرى فإن من مقتضيات حالة الضرورة أن يكون الخطر حال ووشيك
الوقوع ،مما يفرض على الطبيب الجراح القيام بعملية لإنقاذ حياة المريض ، وهذا
لا يتوفر في حالة استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية لحين
الاحتياج إليها مستقبلاً⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تقييم نظرية الضرورة

ساق الرافضون لنظرية الضرورة ، التي يرى فيها أصحابها بأنها تعد
أساساً لإباحة إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، جملة من الانتقادات نورد
أهمها فيما يلي :

(أ)- القول بأن الطبيب أو الجراح في عملية نقل وزرع الأعضاء ،
باعتباره مرتكباً لجريمة الضرورة ، حسب أصحاب هذه النظرية ، فإن حالة
الضرورة في حقيقة الأمر غير متوفرة بالنسبة له ، ذلك لأن العملية مقتصرة على
طرفين هما المانح والمتلقي ، وبالتالي ليس هناك مسوغ يبيح للطبيب أو الجراح
ارتكاب جريمة الضرورة⁽²⁾.

غير أن هذا الانتقاد غير وجيه، ذلك أن أطراف جريمة الضرورة قد
يتعدى أطرافها إلى ثالث ليس لوقاية نفسه من خطر حال، وإنما أيضاً لوقاية
غيره. فقانون العقوبات في جريمة الضرورة نص على أن ارتكابها يكون ليس
لدفع الخطر عن النفس فحسب بل عن الغير أيضاً⁽³⁾.

(ب)- إن حالة الضرورة لوحدها غير كافية، لتبرير بعض صور عمليات
استئصال وزراعة الأعضاء. ذلك أن حالة الضرورة شرعت للحماية من خطر

¹ - أحمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المجلة الجنائية القومية ،
العدد الأول ، مارس 1978 ، المجلد 21 ، ص 135 . وانظر أيضاً محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق
، ص 201.

² - أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
1986 ، ص 73 .

³ - انظر المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري .

جسيم ووشيك الوقوع يتهدد شخص أو قيمة، غير أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لعملية نقل القرنية لفاقد البصر على سبيل المثال. فالعملية هنا هي لاكتساب فاقد البصر قيمة جديدة وليس لحماية الشخص من خطر يتهدهده. والأمر نفسه ينطبق على عملية نزع الأعضاء للتبرع بها لبنوك الأعضاء لتقوم بحفظها كقطاع غيار، وهنا لا توجد ضرورة حيث لا يوجد خطر وشيك يبرر العملية.

(ج) - وأخيراً، يرى الرافضون لهذه النظرية أن هذه النظرية لا تجد لها مجالاً للتطبيق في العديد من الحالات لفقدانها أهم شرط وهو ألا يكون هناك وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر وأن يكون أخف. واعتبر أصحاب هذا النقد، وكمثال على ذلك عملية نقل وزراعة الكلى، حيث أن المريض من الممكن أن يعيش ولفترة طويلة بجهاز تصفية الدم، أو ما يسمى بجهاز الكلى الصناعية، وبالتالي فإنه لا يمكن الإدعاء في هذه الحالة بأن نقل الكلى من شخص سليم لهذا المريض هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر عنه.

المطلب الثاني

نظرية المنفعة الاجتماعية

كان للخلاف المبدئي بين الفقهاء حول طبيعة حالة الضرورة كسبب للإباحة أو مانعاً من العقاب ومدى صلاحيتها بوجه عام لإصباح المشروعية على عمليات نقل وزرع الأعضاء أثره في ظهور نظرية المنفعة الاجتماعية أو المصلحة الاجتماعية، باعتبار أنها، حسب أصحابها، الأصلح لتبرير هذا النوع من العمليات الطبية على جسم الإنسان، وعليه فسوف نبحت فيما يلي، مضمون هذه النظرية ثم إلى تقييمها من خلال الوقوف على أهم ما واجهته من انتقادات

الفرع الأول

مضمون النظرية الاجتماعية

يرى أنصار هذه النظرية بأن رضا المانح لوحده غير كاف لإباحة المساس بالتكامل الجسدي، لاسيما وأن التشريعات الجنائية في العديد من الدول لا تعتبر

رضا المجني عليه سبباً عاماً للإباحة⁽¹⁾. ولهذا اشترطت اقتران رضا المانح بتحقيق منفعة وفائدة اجتماعية تبرر مثل هذه العمليات التي تمس بالتكامل الجسدي للإنسان.

ففي هذه النظرية ، يكون لرضا المانح أثره ويحظى بقيمة قانونية ، إذا كانت نتيجة عمليتي انتزاع العضو وزراعته ستحقق نتيجة أكبر مما كان عليه قبل هذه العملية ، ولا يؤثر في ذلك ما سيترتب عليها من أضرار حالة وانتقاص في السلامة العامة لجسم المانح ، إذ أن ذلك الانتقاص سوف يقابله زيادة أكبر في السلامة الجسمانية للمريض المتلقي للعضو. فهي تقوم على الموازنة بين المنفعة التي تتحقق لفائدة طرفي العملية ، فإن كان ما سيفقده المانح ، بعد استئصال العضو منه يساوي نسبة مئوية بسيطة، وبالمقابل سترفع من أداء المتلقي لوظيفته الاجتماعية، بعد معافاته جراء عملية الزرع ، فإن الحاصل النهائي للمنفعة الاجتماعية سيكون أكبر ويعود على المجتمع بفائدة أكبر ، مما لو احتفظ طرف واحد بكامل صحته، وبالمقابل يبقي الطرف الآخر عاجزاً عن أداء أي وظيفة اجتماعية .

وفي تبريرهم لمفهوم المصلحة النهائية للمنفعة الاجتماعية الناجمة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء ، يرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن حق سلامة الجسم هو حق للفرد ، ومن مصلحته ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه وأن يحتفظ بسلامة جسمه ، غير أن حق الفرد في سلامة جسمه له جانب اجتماعي آخر يمتد إليه الارتفاق المقرر لمصلحة المجتمع ، ومقتضى هذا الجانب الاجتماعي أن كل فرد يقع على عاتقه القيام بوظيفته الاجتماعية على أساس فكرة التضامن الاجتماعي، وهذه الوظيفة تلقي على عاتقه مجموعة من الواجبات للمجتمع حق اقتضائها ما لم يشكل ذلك اعتداء على حق الفرد في سلامته الجسدية. فتتازل الفرد عن عضو عنه لا يعد مشروعاً إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المتلقي بالمقارنة

1- مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 73 .

2- حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 54 وما بعدها

بالأضرار التي تلحق بالمانح ، بحيث يجرى هذا الترجيح بين مصالح الأطراف من منطلق مصلحة اجتماعية . وكمثال على ذلك من يتنازل عن إحدى كليتيه لمريض يعانى من قصور كلوي يهدده بموت محقق، فإن مثل هذا التنازل وإن كان قد انتقص من المعطي بقدر محدود غير أنه زاد في النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته⁽¹⁾.

نخلص إلى القول بأن نظرية المنفعة الاجتماعية ترى في عمليات نقل وزراعة الأعضاء حدثاً اجتماعياً جليلاً، وتعبيراً صادقاً عن التضامن الإنساني والتكافل الاجتماعي وقمة العطاء الإنساني⁽²⁾. الهدف من ورائها إنقاذ حياة شخص من موت محقق أو شفائه من مرض أفعده الفراش وذلك بمنحه جزء سليم من جسده. وبما أن نظرية المنفعة الاجتماعية تقوم على أساس المعادلة بين ما يفقده المانح وما يتحقق من مصلحة اجتماعية للمتلقي، فقد وضع أنصار هذه النظرية قيوداً معينة حتى يتحقق الغرض الأسمى من عمليات نقل وزراعة الأعضاء، ومن أهمها⁽³⁾ :

(أ) - ألا يؤدي انتزاع العضو من المانح إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته حيث أنه يظل ما سيلحق به من أضرار أقل مما سيصيب المتلقي من ضرر إن لم يزرع له العضو أو على الأقل أن تكون الحالة الصحية لكليهما بعد إجراء العملية متعادلة .

(ب) - أن يتوافر القصد العلاجي في عملية نقل وزراعة الأعضاء، ويقصد بهذا أن لا توجد وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها بدلاً من هذه العملية.

¹ - محمد سامي الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2002 ، ص 305 .

² - في هذا المعنى يقول الأستاذ سافاتي : « Le mot même de donneur est riche de sens ... les valeurs humaines transcendent l'argent . Mais la plus hautes de ces valeurs l'amour, l'homme par amour peut se donner » R.Savatier op.cit.2247

³ - انظر في هذا : - مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1989 ، ص 237 . وأيضاً أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الثاني

تقييم نظرية المنفعة الاجتماعية

على الرغم مما جاءت به هذه النظرية من حجج تستند إلى القيم الإنسانية وفكرة التكافل الاجتماعي إلا أن نظريتهم لم تسلم هي بدورها من انتقادات ، نحاول فيما يلي عرض أهم ما وجهت إليها من انتقادات .

1- أن هذه النظرية تركز على فكرة غامضة ، قد يترتب عليها آثار وخيمة ، حيث أنه وتحت شعار المنفعة الاجتماعية وخاصة في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي ، يمكن أن يؤدي الأخذ بمعيار المصلحة الاجتماعية إلى نتائج قد تتعارض مع بعض القيم الإنسانية ، ذلك أن الموازنة يكون مناطها دائماً المنفعة والفائدة التي ستعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية، فمثلاً يمكن أن يجبر عامل يدوي بسيط في التنازل عن إحدى كليتيه لعالم في الذرة أو الفضاء يعاني من قصور كلوي، وبالتالي يصبح تنازل هذا العامل البسيط عن إحدى كليتيه أمراً لا ينطوي على فائدة اجتماعية ، ولكن عندما يكون التنازل من هذا العامل لصالح هذا العالم فستتحقق فائدة اجتماعية كبيرة ، وهكذا يصبح البعد الإنساني غير ذي قيمة تحت غطاء المصلحة الاجتماعية⁽¹⁾.

(2) - أن هذه النظرية تتجاهل مشاكل وآثار الجراحة على مستوى الفرد، وما يلحق به من أضرار، فإن كانت العملية تعود بالفائدة المحققة على المتلقي وتزيد من العائد الاجتماعي المنتظر منه ، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمناح الذي سيلحق به ضرر وانتقاص في سلامته الجسمانية مما سنعكس سلباً على أداءه لوظيفته الاجتماعية⁽²⁾ .

(3) - أن الأخذ بمعيار المنفعة الاجتماعية ينزل بالصحة العامة للأفراد منزلة الشيوخ بحيث تنتزع الأعضاء وفقاً لما يقدر من عائد وفائدة اجتماعية ، لهذا

¹ - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 58.

² - محمد سامي الشوا ، المرجع السابق، ص 306

يؤكد البعض على ضرورة التفرقة في مجال نقل وزراعة الأعضاء ، بين معيار المنفعة الاجتماعية وما يفضى إليه من شيوع في الصحة العامة (1).

تقدير النظريتين :

يتضح من استعراضنا للنظريتين أن كلاهما يتفقان على أن مسألة الموازنة بين المنافع والأضرار التي تترتب على عمليات نقل وزرع الأعضاء . فعند أصحاب نظرية الضرورة ، تكون الموازنة بين ضرر وخطر يرجح أحدهما على الآخر بحسب جسامته بحيث يرتكب الأخف بغرض دفع الضرر الأكبر أو الأخطر ، وبالتالي يمكن التضحية بالمصلحة البسيطة لتحقيق مصلحة أكبر. أما عند أصحاب نظرية المنفعة الاجتماعية فالموازنة تكون بين المنافع الاجتماعية ، أي أن يكون حاصل المنفعة الاجتماعية بعد زرع العضو أكبر منه قبلها ، فالموازنة تكون بين مصالح الأطراف من منطلق منفعة أو مصلحة اجتماعية .

فالفارق بين النظريتين، يكمن في الأطراف محل الموازنة، ففي نظرية الضرورة، هي بين مصالح أطراف عملية نقل وزرع الأعضاء، أما في نظرية المنفعة الاجتماعية، فالعبرة على المستوى الاجتماعي وليس المستوى الفردي.

كما أن محاولة إقحام عمليات نقل وزرع الأعضاء تحت لواء نظرية الضرورة، وإن كان يمكن تبريرها في بعض الحالات، إلا أنها لا تصلح لكل الحالات. ذلك أن حالة الضرورة في مفهومها التقليدي المستقر عليها في التشريع الجنائي والقضاء ، لا تكون إلا عندما يداهم شخصاً خطراً جسيماً وشيك الوقوع ولا دخل لإرادته في حدوثه ولا سبيل لدفعه إلا بوقوع ضرر على شخص آخر بحيث تكون تلك هي الوسيلة الوحيدة لتلافي ذلك الخطر، وأن تكون متناسبة معه بحيث يكون الضرر أقل أو متعادل مع الخطر. فإذا توافرت هذه الشروط في عمليات نقل وزراعة الأعضاء فسوف تكون منتجة لآثارها القانونية، وممانعة للعقاب بالنسبة للجراح الذي قام بهذه العملية، ولا يكون لرضا المجني عليه أي

¹ - أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص 76.

أثر في هذا الصدد ، بل يعتبره البعض شرط غريب ولا يعد ركناً من أركان حالة الضرورة المحددة من قبل المشرع الجنائي (1).

ومن الحالات التي لا يمكن تبريرها في عمليات نقل وزراعة الأعضاء، عمليات نقل وزراعة الكلى، حيث أنها ليست الوسيلة الوحيدة لتلافي ذلك الخطر عنه لأنه توجد وسيلة أخرى هي ما يعرف بالكلي الصناعية أو ما يعرف بجهاز تصفية الدم. ذلك أن المانح هو بدوره قد يتعرض لمخاطر محتملة لو انتزعنا منه كلية، فإذا أصيبت كليته المتبقية، فإنه ينتج عن هذا وضع غريب قد تجعل المتبرع يعيش تحت رحمة جهاز الكلى الصناعية في حين يعيش المتلقي بكلية المانح بشكل طبيعي.

أما أصحاب نظرية المنفعة الاجتماعية لم يقدموا تعريفاً منضبطاً ودقيقاً لمعيار المنفعة الاجتماعية، فهل أداء الأفراد لوظائفهم يشكل جوهر المنفعة الاجتماعية ؟ . وهل الوظيفة الاجتماعية تبلورها فكرة الأعمال التي يقوم بها الفرد ؟ . ثم أن البعض (2) يرى أن البدائل التي جاء بها أصحاب هذه النظرية هي مجرد مترادفات لفظية مثل التضامن الإنساني، التكافل الاجتماعي ، وغيرها مما يجعل هذا المعيار خاضعاً للتقدير الشخصي ، خاصة في الأنظمة الدكتاتورية، كما ذكرنا ، التي قد ترى في المرضى وذوي العاهات عائقاً دون التقدم المجتمع لضعف أو انعدام أداء هذه الطوائف للوظائف الاجتماعية مما تبرر الإقدام على التخلص منها بحجة تحقيق أكبر قدر ممكن من النفع الاجتماعي كما فعل النازيون مع المسنين والمعوقين حيث كانوا يعتبرونهم عبءاً زائداً على المجتمع ويمكن الاستفادة من أعضائهم لفائدة القوى المؤثرة والمنتجة في المجتمع.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 81.

² - أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص 76.

المبحث الثاني

شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية

من خلال دراستنا للنظريات السابقة، يتضح أن رضا المانح هو القاسم المشترك بينهما، فرضاه يعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة من الناحية العملية، بحيث لا يتصور أن تقوم هذه العملية قائمة بدون وجود رضا المانح . فالمانح تعتبر، في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء، طرفاً مهماً في هذه العلاقة التي تنشأ بينه وبين الطبيب من جهة والمريض من جهة أخرى ، فبدون وجوده لا يمكن أن تتم عملية زرع الأعضاء. ومن ثم لا يجوز للطبيب المساس بتكامله الجسدي إلا برضاه، ما لم يكن في ذلك مساس بحقه في الحياة، فالطبيب الذي يستأصل عضواً حيويًا من جسد الإنسان كالقلب مثلاً يسأل جنائياً ومدنياً حتى ولو تم برضا المانح. لهذا فحق الإنسان في التصرف في جسمه ليس مطلقاً، فهو لا يملك التنازل عن حياته و لا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الوظيفية (1).

كما أنه إنسان حر له حق سلامة جسمه الذي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتعلق بالنظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. فمفهوم الحرية الفردية ، الذي تقوم عليها المجتمعات الليبرالية ، والتي تعني مقدور الفرد بأن يتصرف بمطلق الحرية في كل ما يملك بما في ذلك الجسم والحياة، قد تقلص وبدأ يحل محلها قيم اجتماعية جديدة باعتبار أن الشخص لا يعيش لنفسه فحسب بل لكل من يفيد من نشاطه . وزاد من الأمر من التعقيد أن أصبحت شركات التأمين معنية بالتدخل لمنع أي سلوك مضر بالجسم أو بالحياة ، ومن ثم يتأكد أن الفرد حتى في ظل الليبرالية لا يملك سوى حقوق مقيدة على الجسد الذي يسكنه (2).

¹ - رياض الخاني ، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية ، مارس 1971 ، العدد 1 ، المجلد 15 ، ص 20 .

² - رجاء ناجي مكاي ، المرجع السابق، ص 43 .

ونظراً لما ترتبه هذه العمليات من انتهاك واضح لحق المانح في سلامة جسمه وتكامل كيانه الجسدي، فإن توافر شروط الضرورة أو المنفعة الاجتماعية، كما أسلفنا، لا تكفي كأساس لإباحة استئصال أي جزء من جسم الشخص إلا بموافقة صريحة منه نابعة عن إرادة حرة ورضا مستنير . غير أن بعض الفقه ذهب إلى أنه يجب النظر إلى رضا المانح على أنه مجرد شرط من شروط هذه العمليات، ولا يجب أن تعطى له قيمة أكبر وكأنه أحد العناصر المكونة لسبب الإباحة ، فموافقة المانح في حد ذاتها لا تعطى الطبيب الحق في إجراء عملية انتزاع العضو بل يجب مراعاة الفوائد التي يجنيها المريض (المتلقي) من وراء هذه العملية ، وأيضاً عدم تعرض المانح لانتقاص جسيم في صحته وأداء أعضائه لوظائفها الحيوية ، بل أن إباحة استئصال أي جزء من الجسم ، حتى ولو لم يكن في ذلك خطر على المانح ، فإنه لا يجوز للطبيب القيام بعملية الاستئصال متى كانت عملية الاستئصال والغرس تخالف النظام العام وآداب وأخلاقيات مهنة الطب⁽¹⁾.

فضرورة الحصول على رضا المانح ، نصت على وجوب توفره التشريعات الوضعية المختلفة⁽²⁾ التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء وكذا المواثيق الدولية والإقليمية ، لذلك سنتناول شرط الرضا في نقطتين هما : الشكل المطلوب في الرضا ، وخصائصه بالنسبة للمانح ، ثم نتعرض بعد ذلك إلى مسألة إلزامية الحصول على رضا المتلقي وتبصيره باعتباره طرفاً في عمليات نقل وزرع الأعضاء . كما سنتناول باقي الشروط الأخرى التي نصت على وجوب

¹ -Paul Julien Doll , la discipline des greffes , des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Paris 1970 , p 38 .

² - في دراسة مقارنة أعدتها الوكالة البيوطبية سنة 2008 ، وقد جاء فيها على الخصوص :
L'information du donneur sur les risques et les conséquences du prélèvement et son consentement écrit sont requis dans tous les pays . dans 10 Etats , le consentement du donneurs doit être recueilli par un comité ad hoc , et dans 3 d'entre eux , ce comité est constitué par l'autorité judiciaire (en France , ces deux exigences sont cumulées) .
Source : Etude comparative de l'encadrement juridiques international , Agence de la biomédecine , octobre 2008 , p 8.

توفرها القوانين الطبية والبيوأخلاقية الخاصة بالعمليات الطبية المستحدثة بشكل عام وعمليات نقل وزرع الأعضاء بشكل خاص .

الفرع الأول

شكل وخصائص رضا المانح

أولاً : شكل رضا المانح :

يعد تبرع الإنسان بعضو من جسمه تصرف على درجة عالية من الخطورة، لذلك يجب أن يحاط بالضمانات الكافية. فقد نصت أغلب التشريعات الوضعية على وجوب توثيق الرضا في عقد كتابي يتضمن كل جزئيات وخلفيات العملية ، ويثبت أن المانح كان واعياً ومتبصراً وراضياً عن طواعية . وبديهي أن الكتابة تعد أسلم طريقة لحماية المتبرع من كل ضغط أو إكراه أو غش، كما تمنحه فرصة للتروي والتبصر⁽¹⁾. لذلك اشترطت جل التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء توثيق رضا المانح مع تفاوت في التشدد، نذكر البعض منها فيما يلي ثم نتعرض لما جاءت به المواثيق الدولية والإقليمية بهذا الخصوص:

◀ موقف التشريعات الوضعية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء:

■-القانون الفرنسي : نص في المادة 671-3 من القانون رقم 94-654 المتضمن قانون الصحة العامة الفرنسي على وجوب أن يكون تصريح المانح أمام رئيس المحكمة الابتدائية، أو أمام القاضي المفوض منه. وفي حالة الاستعجال يكتفي بإشهاد وكيل الجمهورية على موافقة المانح ، كما أشارت المادة بأنه يمكن للمانح التراجع عن موافقته في أية لحظة وبدون أي شكل محدد .

■-القانون المغربي : نص الظهير رقم 98/16 فقد كان أكثر تشدداً ، حيث

نص على وجوب أن يكون التبرع مصرحاً به أمام رئيس المحكمة المختصة إقليمياً ، أو القاضي الذي يفوضه ، بالإضافة إلى اشتراط موافقة النيابة العامة

¹- رجاء ناجي مكاي ، المرجع السابق، ص 43 .

بعد تحرير شهادة من طبيبين تختارهما وزارة الصحة باقتراح من هيئة الأطباء⁽¹⁾ .

■ - قانون الإمارات العربية المتحدة : نصت المادة الثانية من القانون رقم 15 لسنة 1993 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء على أنه : " يجوز للشخص أن يتبرع ، أو يوصى بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع ، أو الموصي ، أن يكون كامل الأهلية قانوناً ، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ، ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية " . كما نصت المادة 15 من القانون الإماراتي على أنه: " يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال، أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه، بعد أن تبرع به وفقاً للقانون" .

■ - القانون الكويتي : جاءت أحكام المرسوم بالقانون رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء متضمنة جملة من الشروط ومنها ضرورة أن يكون التنازل بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، كما نص على حق المتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط .

■ - القانون السوري : الصادر برقم 31 المؤرخ في 23 أوت 1972 المتضمن نقل وغرس أعضاء الإنسان ، نص المادة الثالثة منه على أنه لا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة غير مشوبة ، شريطة أن يكون المتبرع متمتعاً بكامل أهليته .

■ - القانون التونسي : الصادر برقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، نصت في المادة الثانية منه على أنه يجب أن يكون المتبرع رشيداً سليم المدارك العقلية متمتعاً بالأهلية القانونية وأن يكون رضاه صريحاً وصادراً عن اختيار . وعلى غرار ما تضمنه التشريع الفرنسي ، المشار إليه ، فقد نصت المادة الثامنة على وجوب أن يعبر المتبرع عن رضا بالاستئصال أمام

¹ - انظر في ذلك القانون المغربي رقم 98/16 المتضمن تنظيم منح ونقل وغرس الأعضاء والأنسجة البشرية .

رئيس المحكمة الابتدائية أو نائبه الموجود بها مقر المؤسسة الإستشفائية ، وعلى القاضي أن يتحقق من توفر شروط الرضا ، ويحرر بذلك محضراً يوقعه كل من المعني بالأمر والقاضي وكاتب المحكمة .

■ - أما المشرع الجزائري فقد تضمن الفصل الثالث من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁽¹⁾ ، القواعد التي تحكم شكل تعبير المتبرع وشروط ذلك ، حيث تنص المادة 163 منه على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ، وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الوثيقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...".

من هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري اشترط في التبرع ما يلي :

1. أن يكون التعبير عن رضا المتبرع كتابياً
 2. أن يكون هذا التعبير بحضور شاهدين.
 3. أن تودع موافقة المتبرع لدى المؤسسة الإستشفائية، والطبيب رئيس المصلحة التي ستتم بها العملية .
- من خلال هذه النصوص التشريعية، والتي تجمع كلها على ضرورة إفراغ التبرع في شكل معين، يرى البعض " أن الشكل هنا مطلوب للوعد ذاته، إذ أن المشرع قد قصد من ذلك تحقيق غرضين : الأول هو قطع كل خلاف حول وجود الوعد أو عدم وجوده ، والثاني هو تنبيه المتبرع بالعضو إلى خطورة الوعد الذي يقطعه على نفسه ، خاصة وأن إجراء العملية يتم عادة عقب اتخاذ الشكل المطلوب ، وكأن المشرع جعل الوعد غير المكتوب بلا أثر ، بحيث أن الكتابة تتيح للمتبرع فرصة أوفي للتدبر والتروي ... " ⁽²⁾.

¹ - صدر قانون حماية الصحة وترقيتها تحت رقم 5/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985
² - جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، أعمال الملتقى ، العدد 2، سنة 1999، ص 46 وما بعدها

❖ موقف المنظمة العالمية للصحة OMS

جاء في المبدأ التوجيهي الثالث من مبادئ منظمة الصحة العالمية التوجيهية على أنه: " تكون التبرعات من الأحياء مقبولة عندما يتم الحصول على موافقة المتبرع عن علم وطوعية وتأمين الرعاية التي يوفرها المهنيون للمتبرع وتنظيم متابعة الحالة جيداً... وينبغي إعلام المتبرعين الأحياء بطريقة كاملة ومفهومة بالمخاطر والفوائد والعواقب المحتملة للتبرع... " (1).

وجاء في التعليق على هذا المبدأ التوجيهي على أن هذا المبدأ يشدد على ضرورة أن يكون رضا المتبرع عن علم جيد ، وذلك بأن تعطى للمتبرع معلومات كاملة وملائمة للظروف المحلية ويستبعد الأشخاص المستضعفين الذين لا يستطيعون الوفاء بشروط الموافقة الطوعية المستتيرة بالمعلومات... (2).

نخلص مما سبق إلى أن رضا المانح يعد ركناً أساسياً لا غنى عنه في عمليات نقل زراعة الأعضاء، مما يجعله العنصر الأساسي لإضفاء المشروعية على عمليات نقل زراعة الأعضاء. ولعل الترخيص للمانح بالرجوع عن الموافقة، وما يترتب عن ذلك من إلغاء الاستئصال، ولو توفرت كافة الشروط الأخرى، قرينة على أن الرضا يشكل الأساس القانوني لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة (3).

ثانياً: خصائص الرضا

كما أشرنا سابقاً ، فإن أغلب التشريعات نصت على وجوب توثيق رضا المانح في عقد كتابي يتضمن كل جزئيات وخلفيات العملية ، غير أن يشترط إضافة إلى ذلك أن تصدر هذه الإرادة عن شخص يتمتع بملكات ذهنية ونفسية سليمة، عالماً بمخاطر هذه العملية وآثارها. وعليه فإنه لا يكون رضا المانح

¹ - تقرير منظمة الصحة العالمية، البند 10-12 من جدول الأعمال ، زرع الأعضاء والنسج البشرية ، مارس 2009 ، ص 7 و 8. (نسخة منه ملحقاً بهذه الرسالة)

² - تقرير منظمة الصحة العالمية ، المرجع السابق ، ص 8.

³ - مهند صلاح أحمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 121 و 122

صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا كان متبصراً، وحرراً، ومتمتعاً بأهلية قانونية، وأن يكون التنازل بدون مقابل ، إضافة إلى شروط أخرى نعرضها فيما يلي :

Ⓒ-الشرط الأول : أن يكون رضا المانح متبصراً

بعد إتمام الإجراءات القانونية وإفراغ رضا المانح في الشكل التي تفرضه النصوص القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء ، فإنه يقع على الطبيب واجب توعية الخاضع لعملية استئصال العضو منه وتبصيره بكافة الأضرار والمخاطر المحتملة .

فإذا كان الترخيص للطبيب بإخفاء بعض المعلومات عن المريض يبرره تحري مصلحة هذا الأخير وتحقيق الشفاء له، فإن الأمر غير ذلك تماماً عندما يتعلق الأمر بشخص سليم سيستأصل منه عضو، ودون أن يعود عليه ذلك بأي نفع أو مصلحة علاجية، لذلك يؤكد الفقهاء والتشريعات الطبية والبيولوجية على ضرورة قيام الطبيب بإبلاغ المانح بشكل واضح وصريح بكافة التفاصيل والمعلومات الفنية. ومن ذلك إبلاغه بكافة المخاطر والآلام المصاحبة لإجراء العملية، والأهم من كل ذلك أن يعي المانح ما ستؤول إليه صحته بعد إجراء عملية استئصال العضو منه ومدى تأثير كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام وللعضو المتبقي على وجه الخصوص⁽¹⁾.

هذا ما جعل بعض التشريعات البيوأخلاقية والقوانين الطبية تشدد على مسألة توير المانح بشكل واضح لا يكتفه أي غموض أو لبس، ومن تلك التشريعات على سبيل المثال :

♦- القانون الفرنسي : نص المرسوم رقم 96-375 المؤرخ في 29 أبريل

1996⁽²⁾ المتعلق بأشكال الرضا الخاص بنقل الأعضاء من شخص حي ، فقد استلزم إخطار الوهاب بالنتائج والمضاعفات الممكنة، ليس على المستوى العضوي أو الوظيفي أو النفسي فحسب ، بل أيضاً تلك التي قد تلحق حياته الشخصية أو

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 124 .

² - Décret n°96-357 du 29 avril 1996, relatif aux modalités de consentement aux prélèvement d'organes d'une personne vivante.

الأسرية أو وضعه الاجتماعي والاقتصادي أو المهني، كما يخطر بالنتائج المنتظرة بالنسبة للمتلقي⁽¹⁾. من جهة أخرى فقد اعتبر المشرع الفرنسي تخلف شرط الموافقة طبقاً لأحكام المادة 671-3 من قانون الصحة العامة التي تنص على ضرورة إبلاغ المانح بمخاطر عملية الاستئصال والمخاطر المحتملة ، يوقع الطبيب تحت طائلة أحكام المادة 511-3 من قانون العقوبات التي نصت على عقوبة الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة قيمتها 100.000 أورو⁽²⁾ .

♦-القانون المغربي : نص في المادة 10 من الظهير رقم 98-16، المشار إليه، على أنه " يساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة ... يعهد إليها بأن يشرحا للمتبرع بالعضو أبعاد عملية التبرع والفائدة المرجوة من عملية الأخذ" .

♦-القانون اللبناني : نص في المادة الثانية من المرسوم الإشتراعي رقم 109 الصادر في 16 سبتمبر 1983،المتضمن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية،على أن المانح يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لذلك.

♦-القانون الكويتي : السابق الإشارة إليه فقد نص في المادة الرابعة منه على وجوب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة على استئصال العضو المتبرع به ، ويتم ذلك كتابة من قبل فريق طبي مختص وهذا بعد إجراء فحص كامل للمتبرع بالعضو.

¹- Michèle Harichaux ,La protection des libertés et droits corporels , imprimerie Laballery,France , 1997 , p116.

²-.Art.511-3 du Code pénal (*Chapitre I. Des infractions en matière d'éthique biomédicale*) stipule que : « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celui-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L.671-3 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L 671-4 et L 671-5 du code la santé publique .

♦ - القانون التونسي : فقد نصت المادة السابعة من القانون المشار إليه أعلاه ، على أن يتم إعلام المتبرع بعضو من أعضائه كتابيا محرر من طرف الطبيب المسؤول عن القسم الإستشفائي الذي ستقع فيه عملية الاستقطاع ويتضمن هذا الإعلام كل النتائج المحتملة من الناحيتين البدنية والنفسية لعملية الأخذ وكذلك الانعكاسات المحتملة لها على الحياة الشخصية والعائلية والمهنية للمتبرع.

♦ - أما المشرع الجزائري: فقد جعل عملية تبصير المانح بالأخطار المحتملة سابقة على رضائه وإبدائه الموافقة على استئصال عضو منه. وبهذا جاء نص الفقرة 2 من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه " ... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار الطبية المحتملة التي تنتسب فيها عملية الانتزاع...".

نشير إلى أن واجب توعية الخاضع لعملية استئصال العضو منه وتبصيره بكافة الأضرار والمخاطر المحتملة ، نصت عليه المادة 67 من الميثاق الإسلامي للأخلاقية الطبية والصحية بقولها : "على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل الأعضاء وفقاً للتشريعات النازمة لذلك أن يقوم بتبصير المنقول منه بالعواقب والمخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة لعملية النقل، وعليه أن يحصل منه على الإقرار الذي يفيد علمه بكافة العواقب في هذا الشأن قبل إجراء العملية"⁽¹⁾.

وإذا كان تبصير المانح وإحاطته علماً بكل المخاطر المحتملة أكدت عليه التشريعات المختلفة، فهل يعد إخطار المانح بحالة المريض الصحية (المتلقي) واحتمال نجاح عملية زرع العضو من قبيل إفشاء سر مهنة الطبيب ؟ . يرى البعض أن ذلك يعد من قبيل إفشاء سر مهنة الطبيب ويقع تحت طائلة العقوبة

¹ - الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية ، المعد من قبل المكتب الإقليمي ، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ، والمكتب التنفيذي لمجلس وزراء صحة مجلس التعاون الخليجي . الميثاق اعتمد من قبل منظمة الصحة العالمية (OMS) ، برقم ش م / ل / ق - 10 ، سبتمبر 2005 (نسخة ملحقه بهذه الرسالة) .

المقررة لذلك⁽¹⁾، بينما يرى البعض الآخر بأن هذا لا يعد من قبيل إفشاء سر المهني عندما يتعلق الأمر بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ذلك لأن المتبرع بعضو من جسمه يعد طرف ثالث في هذه العملية، فمن حقه أن يعرف حالة المريض الصحية الذي سيتنازل له عن عضو من جسده لإنقاذ حياته⁽²⁾.

واستناداً لما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 16 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾، القاضية بعدم إفشاء أي معلومات من شأنها تعريف المانح بهوية المتلقي، وهو يعني إقرار مبدأ كتمان السر المهني، إلا أن البعض من الفقه الفرنسي يعترض على ذلك ويرى فيه انتقاصاً واضحاً في تبصير المانح مما يجعل رضاه غير مستتير ومتبصر على نحو كامل، غير أن هناك من يرى أن مبدأ الكتمان يخدم الرضا في شقه الآخر أي في جعله حراً ومستقلاً، ذلك أن عدم معرفة أحد طرفي العملية لهوية الآخر يجعل قرار المانح بالتبرع بمنأى عن أي ضغط نفسي أو عاطفي وبعيداً عن أي حرج اجتماعي⁽⁴⁾.

©-الشرط الثاني : أن يكون رضا المانح حراً

إضافة إلى تبصير المانح يجب أن يكون رضاه حراً، أي صادر عن شخص يتمتع بملكات نفسية وعقلية سليمة. ويكون الرضا حراً كلما كانت الموافقة مجردة من أي ضغط مادي أو معنوي يؤثر في قرار المتبرع بأحد أعضائه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون بعيداً عن أي تأثير عاطفي أو انفعال ظرفي، وبالتالي فإن أي إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المتبرع من شأنه أن يعيب

¹ - من ذلك ما نصت عليه المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك" وانظر في نفس السياق المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي.

² - أحمد شوقي أبوا خطوة، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها.

³ - Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait dont d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur (Art.16-8 du code civil français)

⁴ - مهند صالح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 135

رضاه . ويجب أن يستمر هذا الرضا حتى لحظة الاستئصال دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه في حالة رجوعه عن رضائه (1).

كما أن أغلب النصوص التشريعية التي نصت على وجوب توفر رضا مستتير وحر للمتبرع ، نصت على إمكانية رجوع هذا الأخير عن موقفه ، ومن ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 162 من القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها حيث نصت على أنه "... ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" (2). وحتى يكون رضا المتبرع حراً ، يرى البعض ضرورة إخضاعه للفحص النفسي للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية تعيب إرادته (3). ففي ألمانيا وإسبانيا أنشأت مؤسسة شبه استشفائية ، مهمتها التأكد من أن التبرع عن إرادة حرة وبدون أي اعتبارات مالية (4) .

وبخصوص مسألة حق عدول المتبرع عن رأيه بعد أن تم إعلانه طبقاً للقواعد والشروط التي حددتها التشريعات ، فهل يترتب على رفضه بعد ذلك التنازل عن العضو أية مسؤولية ؟ ومن منطلق أن لا يمكن إجباره على التنفيذ العيني فهل يمكن إلزامه بدفع تعويض لإخلاله بما تعهد به على غرار ما هو مطبق في العقود الأخرى ، عملاً بمبدأ عدم اللجوء إلى التنفيذ العيني متى كان ذلك ينطوي على مساس بشخص المدين، وبالتالي يحل التعويض النقدي عوض ذلك ؟.

ذهب الرأي الغالب إلى أن العقود التي تتم على جسم الإنسان لا تحكمها القواعد العامة في حالة رفض التنفيذ العيني. وبهذا أقرت التشريعات المقارنة ، وقد ذكرنا البعض منها، على جواز عدول المتبرع عن الرضا في مجال

¹ - أحمد شوقي أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1968 ، ص 75 وما بعدها .

² - وفي نفس المعنى جاء ت نصوص التشريع المقارن ، ومن ذلك نص المادة 11-665 L من قانون الصحة الفرنسي ، والمادة 15 من القانون الإماراتي ، وغيرهما .

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث، ص 86 .

⁴ - Etude comparative de l'encadrement juridiques international, Op.cit.p. 8

التصرفات التي ترد على جسم الإنسان بدون أن ترتب على ذلك أية مسؤولية في حقه⁽¹⁾ .

© - الشرط الثالث: ضرورة توفر الأهلية الكاملة للمتبرع

الأصل أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد⁽²⁾ أمكنه التصرف في كل ما يملك، لكن هل يلحق التصرف في الجسم بباقي التصرفات ؟ وأية أهلية تجب ؟. ومن جهة أخرى هل يجوز الاعتداد القصر والسجناء والمحكوم عليهم بالإعدام، وهل يملكون الأهلية الكاملة للتنازل عن جزء منهم ؟ . هذا ما سنتعرض له فيما يلي :

أولاً : أهلية القصر :

من المعلوم انه لا يمكننا الحديث عن كمال الأهلية، والشخص قاصر أو عندما يعتريه عارض من عوارض الأهلية، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً لعمليات نزع الأعضاء ، غير أن الأمر محل جدل بين الفقهاء والمهتمين بحقل أخلاقيات العلوم ، حول مدى مشروعية نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم، حيث تثير هذه المسألة مشكلات ذات طابع أخلاقي وقانوني ، والجدل قائم بين معارض ومؤيد بقيود وهذا على النحو التالي :

(ا) الاتجاه المعارض لعمليات نقل الأعضاء من القصر :

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن عمليات التبرع بالأعضاء تعد استثناءً على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، ولا يمكن أن تمارس إلا برضا صريح ومستتير للواهب، وهذا ما لا يمكن تصوره في القاصر الذي لا يملك أصلاً حرية في التصرفات المالية فكيف وأن الأمر يتعلق بالتصرف في الجسم .

كما أن موافقة الممثل القانوني على انتزاع جزء من جسم المشمول برعايته وحمايته، لا يبيح مطلقاً إجراء مثل هذه العمليات عليه. فإذا كانت الولاية

¹ - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق، ص 143 و144.

² - نصت المادة 40 من القانون المدني على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة.

والوصاية قد فُررت من أجل حماية القصر وعديمي الأهلية، فكيف تكون هذه الولاية سبيلاً للإضرار بمصلحتهم.

وقد تبنى هذا الاتجاه أغلب الدول ومنها التشريع الجزائري الذي نص في المادة 163 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...". كما نصت المادة الثانية من القانون الإماراتي، المشار إليه، على وجوب أن يكون المتبرع كامل الأهلية. أما موقف القانون المغربي فقد جاء صريحاً في المادة الثانية: "لا يجوز أخذ عضو من أجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية" (1).

وعلى غرار الكثير من الدول، فقد جاء في وثيقة الوكالة البيوطبية الفرنسية أن أغلب دول أوروبا تبنت في تشريعاتها أحكاماً لحماية القصر، ومنعت تبرعهم بالأعضاء (2). أما في التشريعات الطبية العربية، فنجد أن البعض منها حددت سن البلوغ كشرط للتنازل عن العضو لفائدة الغير، ومنها التشريع الكويتي الذي اشترط في المانح أن يكون بالغاً سن الرشد (21 سنة) واللبناني (18 سنة).

ب) الاتجاه المبيح لنقل الأعضاء من القصر بقيود :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الضوابط والشروط التي تضعها التشريعات المبيحة لعملية نقل الأعضاء من القصر لا تدع ثمة مجال للمخاوف والمخاطر المحتملة من هذه العمليات، إذ أن هذه الشروط والضوابط تجعل نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم في حدود ضيقة للغاية (3). فالتشريعات التي أجازت نقل الأعضاء من القصر اشترطت لجواز ذلك شروطاً ووضعت ضوابطاً يمكن حصرها في نوعين :

¹ - والأحكام نفسها جاءت في تشريعات منها : سوريا ، حيث نصت على عدم جواز نقل العضو من المتبرع القاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي .

² - Etude comparative de l'encadrement juridiques international, Op.cit.p.8. « La majorité des pays en Europe a adopté des dispositions protectrices à l'endroit des mineurs et des majeurs protégés, qui ne peuvent être donneurs... »

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 137 .

الأول : يتعلق بالمتلقي

فقد اشترط أن تربط المانح بالمتلقي درجة قرابة غير مباشرة من الدرجة الثانية، وهما الأخ أو الأخت، تحت رقابة الولي، ورقابة القضاء الذي يتلقى موافقة الولي، ولجنة خاصة، كما جاء في قانون الصحة العامة الفرنسي (1) التي تتأكد من العلم التام والمتبصر للقاصر وموافقته على ذلك.

ويرى البعض أن تبرع القاصر، المحكم بهذه الشروط والضوابط ، لفائدة أخيه أو أخته ، من شأنه أن يضمن نزاهة ونبل الباعث ويبقى على كيان الأسرة ، ناهيك عن فرص النجاح الكبيرة التي تتمتع بها هذه العملية نظراً للتقارب الجيني بين الإخوة وتمائل أنسجتهم (2).

وقد اعترفت المحكمة العليا لولاية Mass achusettes الأمريكية بصحة رضا المتبرع القاصر البالغ من العمر 14 سنة باستئصال إحدى كليته لزرعها لأخيه، وجاء في تبريرها لذلك : " إن التقرير المقدم من الطبيب النفسي قد أثبت أن إجراء العملية كان لمصلحة المتبرع نفسه، حيث أنه رسخ اعتقاد لدى المتبرع بأن عدم إجراء عملية نقل الكلية لأخيه سيؤدي إلى وفاته أخيه المريض، ومن شأنه أن يضع المتبرع في حالة نفسية سيئة للغاية ليس لها علاج إلا قبول التبرع ... كما أن إجراء هذه العملية كان لمصلحة المريض لأنه أدى إلى إنقاذ حياته من موت محقق " (3) .

وفي سنة 1969 قضت محكمة كنتاكي بالولايات المتحدة الأمريكية في قضية تتعلق بحالة فشل كلوي حصل لشاب ، وتبين للأطباء أنه من الناحية العملية والتقنية البحتة، أن شقيق المريض البالغ من العمر 27 سنة المصاب بمرض عقلي وبالتالي عديم الأهلية، ورغم موافقة أمه إلا أن الأطباء رفضوا

¹ - نصت المادة 6-671 من قانون الصحة العمومية على تشكيلة هذه اللجنة الخاصة من : ثلاثة أعضاء (طبيبات وطبيب أطفال) معينون لمدة ثلاث سنوات بقرار الوزير المكلف بالصحة، وشخصية لا تنتمي لسك الأطباء .

² - أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، ص 86.

³ - أنظر في ذلك ، محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 214 .

إجراء العملية ، فلجأت إلى القضاء الذي قضى بأن التنازل عن عضو من أعضاء الجسم لا يكون مشروعاً إلا مع كامل حرية الاختيار. وبالنسبة لعدم الأهلية أو عدم التمييز فإن رعايته لا تقتصر على رعاية مصالحه المالية بل تمتد إلى كافة العناصر الأخرى التي ترى فيها المحكمة مصلحته وتحقق له الاستقرار النفسي والعاطفي ويتعين البحث عما كان سيقوم به مكتمل الأهلية لو وضع في ظروف هذا الشخص عدم التمييز، ما من شك أنه سيوافق على هذا التنازل عن طيب خاطر. وختمت قرارها بأن هذا هو رأي المحكمة⁽¹⁾.

الثاني : يتعلق بنوع الأعضاء التي يمكن نقلها من القصر .

بهذا الخصوص فقد جاء مواقف التشريعات المقارنة متباينة بخصوص تحديد نوع محدد من الأعضاء القابلة للنقل من القصر، كما أن المنظمة العالمية للصحة نصت في تقريرها على مبادئ لا بد من مراعاتها عندما يتعلق الأمر بعمليات نقل الأعضاء من القصر، ولفقهاء الشريعة الإسلامية رأي في هذا الخصوص ، نستعرضه فيما يلي :

1- التشريع المقارن

قليلة هي التشريعات التي حددت أعضاء جسم القاصر القابلة للنقل ، بخلاف ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة الذي أقر مبدأ عاماً في المادة 4-671 وهو عدم جواز نزع أي عضو من القاصر أو من حكمه، ثم أدخل على هذا المبدأ استثناءً وحيداً وهو إياحة نقل النخاع العظمي من

¹ - مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج بين النظامين المصري والأمريكي ، دار النهضة العربية، القاهرة، (دون تاريخ)، ص 128 .

القاصر (Moelle osseuse) على أن يتم ذلك وفقاً للشروط التالية (1) :

(أ) أن يكون المتبرع للأخ أو الأخت

(ب) أن يوافق على ذلك الولي أو الممثل الشرعي للقاصر

(ج) أن توافق لجنة خاصة على ذلك ، التي تؤكد في تقريرها بأن القاصر عبر عن رغبته في التنازل لفائدة أخيه أو أخته .

وتأكيداً منه على توسيع نطاق حماية هذه الفئة، فقد نص في المادة 5-672

من القانون نفسه على عدم جواز نقل المشتقات الأخرى للجسم وعناصرها كالأنسجة والخلايا من القصر ومن في حكمهم (2).

ومن التشريعات العربية التي أجازت نقل الأعضاء من القصر بشروط ،

التشريع السوري الخاص بنقل وغرس أعضاء الإنسان . فقد نص في الفقرة

الرابعة من المادة الثانية منه على أنه " لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان

المستفيد والمتبرع أخوين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال

وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي " .

2- المنظمة العالمية للصحة

جاء في المبدأ التوجيهي الرابع الوارد في تقرير منظمة الصحة العالمية ما

يلي : " لا يجوز نزع أي خلايا أو نسيج أو أعضاء من جسم الشخص القاصر

¹ - نص قانون الصحة العمومية الفرنسي على جواز نقل الأعضاء من القصر بشروط ثلاثة أوردتهما في المواد 6 و 5، L671 :

- Art.L671-5 « Par dérogations aux dispositions l'article L671-4 , un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur .

Ce prélèvement ne peut pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou de représentant légale du mineur. Le consentement est exprimé devant le président de grande instance ou le magistrat désigné par lui .

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'expert qui assure que le mineur à été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté , s'il est apte. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

² - Art.L672-5 du code de la santé publique : « Aucun prélèvement de tissus ou de cellules ,aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

الحي بغرض الزرع إلا في الاستثناءات النادرة التي يسمح بها القانون الوطني .
وينبغي اتخاذ تدابير محددة لحماية القصر، وينبغي حيثما أمكن الحصول على
موافقة القاصر قبل التبرع. وما يسري على القصر، يسرى أيضاً على أي شخص
لا يتمتع بالأهلية القانونية " (1).

3- موقف فقهاء الشريعة المعاصرين

(أ) - نصت المادة 68 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية
على أنه " لا يجوز أخذ أي عضو من جسد حي قاصر لزرعه في شخص آخر،
وقد تُستثنى من ذلك الأنسجة المتجددة إذا نصت على ذلك القوانين الوطنية
النافذة" (2).

(ب) - كما جاءت فتوى مجمع الفقه الإسلامي رقم 1د 88/8/4 بتاريخ
1408/5/23 هـ الموافق 1988/2/11، المخصص لأحكام وشروط زرع الأعضاء،
على أن يكون المتبرع كامل الأهلية. ويفهم من ذلك أن هذه العمليات غير جائزة
بالنسبة لغير البالغين.

(ج) - وقد أفتى القرضاوي بعدم جواز تبرع الصغير والمجنون. وقد جاء
في رأيه المتضمن في البحث المقدم في مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية:
" والتبرع إنما يجوز من المكلف، أي البالغ العاقل، فلا يجوز للصغير أن يتبرع
بمثل ذلك، لأنه لا يعرف تماماً مصلحة نفسه، وكذلك المجنون. ولو فعل فتبرعه
باطل مردود، لا يجوز تنفيذه. ولا يجوز أن يتبرع الولي عنهما، بأن يدفعهما
للتبرع، وهما غير مدركين ، لأنه لا يجوز التبرع بمالهما، فمن باب أولى لا
يجوز التبرع بما هو أعلى وأشرف من المال وهو البدن" (3).

¹ - تقرير منظمة الصحة العالمية، المرجع السابق، ص 8.

² - الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية ، المرجع السابق .

³ - يوسف القرضاوي ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث
الإسلامية ، القاهرة ، ص 44، 2009 .

ثانيا :السجناء والمحكوم عليهم بالإعدام

الواقع أن السجناء والمحكوم عليهم بالإعدام وأسرى الحرب كانوا عبر العصور المادة الخام لممارسات مشبوهة، والتاريخ وثق كيف تمت هذه الممارسات البشعة في إمبراطورية الصين، ولدى الفراعنة والنازيين وغيرهم... حيث استعملوا كجردان جربت عليهم التقنيات المستحدثة والجراحة والأدوية السامة...، وكيف خضعوا للتشريح والاستقطاع وهم أحياء. وقد مثل أمام محكمة نورمبرج 23 متهما من بلاد المحور من بينهم مديرو مؤسسات صحية كبرى في الإدارة والجيش وأساتذة جامعات وأطباء عسكريين في معسكرات الاعتقال النازية الذين اتهموا بأنهم أجروا تجارب طبية على أسرى الحرب (1).

وقد أعرب البروفسيور Riquet في المؤتمر الخاص بحياد الطب الذي عقد في روما في شهر أفريل 1986 عن خشيته من أنه لو سمح للسجين باستقطاع عضو من أعضائه ، فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا السجين ستقوم بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية (2). كما قدم للمؤتمر الثالث لحياد الطب والخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب مشروعاً ينص على أن يمنع منعاً مطلقاً استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية أو معادية، لمصلحة رعاياها أو الموالين لها.(3).

أما على المستوى التشريعي فلم نقف على نص يعالج هذه المسألة، ولكن بالرجوع إلى المبادئ العامة، فإنه لا يعتد برضا هذه الفئة، لأنه وإن كانوا يتمتعون قانوناً بحرية الإرادة الحرة ، إلا أنهم لا يملكون الأهلية الكاملة (4) . كما أن السجن في حد ذاته يُنقص إرادة السجين الحرة فهو في حالة نفسية من شأنها أن تعيب إرادته.

¹ - حسن سعد سند ، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الثانية، درا النهضة العربية ، سنة 2004 ، ص 472 .

² - Ahmad Abduldayem , op.cit.,p 323.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، ص 77،78 .

⁴ - نصت المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوباً بالحجز القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسات حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية . تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجز القضائي "

⊖-الشرط الرابع : أن لا يؤدي استئصال العضو إلى هلاك المانح

الأصل في عملية الاستئصال أن لا تؤدي إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه . فإن كان مبرر عمل التنازل يدخل في إطار التكافل والتضامن الإنساني، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى الإبقاء على حياة وسلامة جسم كل من المتبرع والمتلقي ، عملاً بمبدأ الموازنة ، كما أسلفنا. والأصل أن الموازنة بين المخاطر والمنافع هي من صلاحيات الطبيب وتحت مسؤوليته، ذلك أن التقدم الطبي في حد ذاته يؤثر في التكيف القانوني للعمل الطبي من حيث مشروعيته أو عدم مشروعيته من خلال تحديد المخاطر والمنافع التي ترتب على عمليات التدخل الجراحي بالنسبة لكل من المانح والمتلقي⁽¹⁾.

ولهذا أجمعت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على أن التضحية بعضو من جسم الإنسان يجب أن لا يؤدي إلى هلاك المتبرع أو فقدانه لوظيفة تشريحية في جسمه ، ومن ذلك استئصال القلب مثلاً فإنه يؤدي حتماً لهلاك المانح ، ولا يجوز ذلك حتى ولو تم ذلك برضاه . أما بالنسبة للأنسجة والأعضاء التي لا يترتب على استئصالها ضرر فاحش أو موت ، فإن الأمر يقتضى التفرقة بين استئصال الأنسجة أو المواد المتجددة مثل الجلد والدم ، وتلك الأعضاء غير المتجددة ، وهي إما أن تكون منفردة أو مزدوجة . فإن كان العضو لا يوجد له نظير فلا يجوز استئصاله لأنه يحرم الإنسان من وظيفته التشريحية، وهنا تظهر أهمية الجثة كمصدر لهذه الأعضاء. أما إذا كان العضو مزدوجاً كالكلية فإنه يشترط لإباحة استئصاله ضرورة مراعاة تناسب المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع المزايا التي تعود على المريض المتلقي.

يقول القرضاوي ، عند تناوله لمسألة شروط التبرع بالعضو للغير : " وإذ قلنا بجواز التبرع من الحي، بعضو من بدنه، فهل هو جواز مطلق أو مقيد؟ والجواب: أنه جواز مقيد، فلا يجوز له أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر أو على

¹ - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 51 .

أحد له حق عليه لازم. ولا يجوز له أن يزيل ضرر غيره بضرر نفسه، فالقاعدة الشرعية التي ذكرناها قبل: أن الضرر يزال، تقيدتها قاعدة أخرى تقول: الضرر لا يزال بالضرر، وفسروها بأنه لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه. ولهذا لا يجوز التبرع بالعضو الوحيد في البدن كالقلب أو الكبد، ولا بالأعضاء الظاهرة في الجسم، التي لا يستغنى عنها وإن كانت مزدوجة، مثل العين واليد والرجل، لأنه هنا يزيل ضرر غيره بأضرار مؤكدة لنفسه، لما وراء ذلك من تعطيل للمنفعة وتشويه للصورة. وهذا بخلاف التبرع بالكلية؛ لأن الأطباء المختصين قالوا: إن الإنسان يستطيع أن يعيش بربع كلية أو بسدس كلية. ومثل ذلك إذا كان العضو من الأعضاء الباطنة المزدوجة، ولكن العضو الآخر عاطل أو مريض، فإنه يصبح في هذه الحالة كعضو وحيد " (1). وأكدت أيضاً قرارات المجمع الفقهي الإسلامية على ذلك ومنها: قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامية في دورته الثامنة سنة 1985: " أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً".

ومن جهتها أكدت التشريعات الوضعية على هذا الشرط ومنها: القانون الجزائري حيث نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها، على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر...". وفي نفس المعنى نصت المادة الثالثة على عدم جواز نقل عضو من جسم شخص، ولو كان ذلك بموافقتة، إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب.

¹- يوسف القرضاوى، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص42.

أما القانون السوري المتعلق بنقل وغرس أعضاء الإنسان ، وبعد أن نص في المادة الثانية منه على حظر نقل عضو أساسي للحياة ولو كان ذلك بموافقة المتبرع ، نص على وجوب قيام لجنة من ثلاث أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل العضو من جسمه لا يشكل خطراً على حياته .أما المشرع التونسي فقد عرف في المادة الرابعة العضو الضروري للحياة بقوله : " يعتبر عضواً ضرورياً للحياة العضو الذي بأخذه تحصل حتماً وفاة الشخص الذي أخذ منه " .

Ⓒ- الشرط الخامس : أن يكون التنازل بدون مقابل

إذا كانت الضرورة تبرر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع عضو من شخص آخر، فإن ذلك لا يكون إلا بالقدر الذي تقتضيه هذه الضرورة التي أوجبتة وفي إطار احترام الكرامة الإنسانية. ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يتنازل الإنسان عن جزء منه بمقابل مادي. لهذا يجب أن يكون الدافع إلى التبرع بالدم أو عضو من أعضاء الجسم بدافع الحب والتضامن الإنساني والتضحية والإيثار وليس المقابل المادي. غير أنه وعلى الرغم من إجماع تشريعات أخلاقيات العلوم ورجال الفقه على مبدأ مجانية التنازل، وبالمقابل إدانتهم وتجريمهم للاتجار بالأعضاء الآدمية بوجه عام ، فإن الخلاف يحتدم حول مصطلحي ، مجانية التنازل ، والاتجار بالأعضاء.

فقد أكدت العديد من الهيئات والمنظمات الدولية، كمنظمة الصحة العالمية، والمواثيق الإسلامية، ومجمع الفقه الإسلامي، إضافة إلى ما نصت عليه التشريعات المقارنة على مبدأ المجانية وتحريم الاتجار بالأعضاء .ومع ذلك فالخلاف قائم بين الفقهاء حول مسألة مجانية التنازل عن الأعضاء، وهذا ما سنستعرضه، ثم نحاول الوقوف على أهم ما جاءت به المواثيق الدولية والإقليمية، والتشريع المقارن بهذا الخصوص.

أولاً: الاتجاهات الفقهية حول مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء

يمكن إرجاع الخلاف الفقهي إلى اتجاهين ، أحدهما يرى في مجانية التنازل عن الأعضاء ضمناً لقدسيتها ونبيل العملية ، إضافة إلى كونها تبقى الجسم البشري في إطار متين من الحماية القانونية والأخلاقية ، أما الاتجاه الآخر فيرى بأن وجود المقابل المادي لا يشكل أي مخاوف على القيم والضمانات التي تقوم عليها مثل هذه العمليات .

1- الاتجاه المؤيد لمبدأ المجانية:

يمكن تلخيص أهم ما جاء به أنصار هذا الاتجاه في النقاط التالية (1):

(أ) - إن وجود المقابل المادي في عملية التنازل عن العضو يعد منافياً للأخلاق والقيم الدينية، ويخرجها بالتالي عن دائرة التراحم وروح التضحية التي تتسم بها. وفي هذا يقول روني سافاتيي R.Savatier : " إن كلمة متبرع غنية بمعناها... فالقيم الإنسانية تسمو على المال ولكن الأكثر سمواً من بين هذه القيم هو الحب ، فقد يتبرع الشخص من خلال الحب (2).

(ب) - إن المقابل المادي عن التنازل ، يجعل جسم الإنسان محلاً للحقوق والتصرفات المالية، ويجعله بالتالي سلعة متقومة يمكن تداولها لمن يدفع أكثر، لاسيما بالنسبة لطائفة الفقراء من الناس الذين يرزحون تحت وطأة الحاجة وتصبح أجسامهم محلاً للاستغلال من قبل سماسرة تجارة الأعضاء.

(ج) - إذا كان الأصل عدم جواز التصرف في جسم الإنسان، فإن الخروج على ذلك الأصل يجب أن يكون بدون مقابل. فالتبرع هو الذي يحفظ لجسم الإنسان كرامته لأنه يجعل الجسم خارجاً عن دائرة المعاملات المالية (3).

1- منذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1992 ، ص 62 ،

2 - René Savatier , les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines , J.C.P. 1969 .2224.

3 - حسام الدين كمال الأهواني ، المرجع السابق ، ص 131

2- الاتجاه الذي لا يرى مانعاً من أن يكون التنازل بمقابل:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ليس هناك تعارض بين أن يكون التنازل بمقابل، وبين الحماية القانونية لجسم الإنسان. ويررون موقفهم بالحجج التالية:

(أ) - إن تطور المبادئ والمفاهيم الخاصة بحرمة الكيان الجسدي للإنسان وما طرأ عليها من مرونة جعلت أجزاء الجسم من الأشياء التي يمكن تقويهما بالمال، ويستشهدون في هذا على أن الأحكام القضائية في الجرائم الماسة بسلامة الجسد، والتي ينتج عنها فقد منفعة عضو معين أو انفصاله كلية، وكذلك ما تضمنته قواعد قوانين التأمين من تحديد لمقدار التعويض عن العجز الكلي أو الجزئي، لخير دليل على التقويم المالي للعضو⁽¹⁾.

(ب) - لابد من التمييز، عندما نتحدث عن مدى مشروعية تلقي المانح مقابل مادياً عن العضو الذي تنازل عنه، بين أمرين الشهامة والنبيل من ناحية، وعدم المشروعية من ناحية أخرى. فاعتبار البعض تلقي مقابلاً عن العضو المتنازل عنه منافياً للقيم والأخلاق، فإن هذا الأمر متعلق بالمبادئ الأخلاقية ولا علاقة له بالمبادئ والقواعد القانونية. ثم أن أصحاب هذا الاتجاه يتساءلون: كيف يؤثر بيع العضو على الكرامة الإنسانية؟ فالبيع لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً، ولا يغير من وصف الشيء المبيع بحيث يجعله مبتدلاً بعد أن كان كريماً أو العكس. فالتنازل عن العضو بغرض زرعه لشخص مريض يبقى دائماً عملاً نبيلاً ولا يغير من ذلك الوصف وجود المقابل المادي⁽²⁾.

(ج) - إن مبدأ المجانية يحقق مصلحة المتلقي الذي يستفيد من عضو يحتاج إليه لإنقاذ حياته ومن دون أن يدفع أي مقابل عن ذلك، بينما لا يوجد أثر فاعل لهذا المبدأ على نطاق الحماية الجنائية الواجب توافرها بالنسبة للمانح الذي يكون دائماً عرضة للمخاطر أثناء وبعد إجراء العملية، وهو في حقيقة الأمر الأجدر بالحماية، والتي لا يمكن أن تكون إلا بالتأمين عليه لضمان عدم معاناته مادياً ومعنوياً.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، 154.

² - سعيد سعد عبد السلام، مشروعية التصرف في جسم الأدمي. دراسة فقهية معارضة، مطبعة الجامعة، 1996، ص 68.

ثانياً: مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء في المواثيق الدولية والإقليمية

من خلال اطلاعنا على مواثيق وتوصيات المنظمات الدولية والإقليمية ، يتضح أنها تجمع كلها على حرمة الكيان الجسدي للإنسان ، وتحفز على أن يطبع عملية التنازل عن الأعضاء صبغة العمل الخيري، ولهذا فقد جاءت قراراتها وتوصياتها متشددة رافضة لفكرة وجود مقابل مادي لقاء التنازل عن الأعضاء البشرية. ومما جاء فيها ما يلي :

1. منظمة الصحة العالمية OMS⁽¹⁾:

جاء في الفقرة الرابعة من تقرير الأمانة، الذي انبثقت عنه توجيهات منظمة الصحة العالمية في جمعيتها الثانية والستون ما يفيد إدانة المنظمة لظاهرتي سياحة زرع الأعضاء و الاتجار بالأعضاء: " ... وأعلن أكثر من 150 ممثلاً عن الهيئات العلمية والطبية من جميع أرجاء العالم والمسؤولين الحكوميين وعلماء الاجتماع والمختصين بالأخلاقيات ممن شاركوا في اجتماع عقد في عام 2008 باسطنبول (تركيا) والذي نظّمته جمعية زرع الأعضاء والجمعية الدولية لطب الكلى بتحديد ظاهرتي "سياحة الأعضاء و الاتجار بالأعضاء " الآخذين في الزيادة ، من أن هذه الممارسات يجب حظرها لأنها تشكل انتهاكاً للمبادئ المتعلقة بالإنصاف والعدالة واحترام كرامة الإنسان . وقد أصبحت بعض البلدان تستعمل الانترنت ووسائل أخرى تدعو المرضى علناً إلى السفر إلى الخارج من أجل الحصول على الأعضاء اللازمة للزرع لقاء أسعار " زهيدة " تشمل جميع تكاليف المتبرع بالعضو ..."

ونص التقرير نفسه ، في المبدأ التوجيهي الخامس ، على ما يلي : " ينبغي أن يكون التبرع بالخلايا أو النسيج أو الأعضاء مجاناً ودون دفع أي أموال أو مكافآت أخرى لها قيمة مالية ، وينبغي أن يحظر شراء الخلايا أو النسيج أو

¹ - تقرير منظمة الصحة العالمية، المرجع السابق، ص 2 و 9.

الأعضاء أو عرض شرائها بغرض أو بيعها من قبل أشخاص أحياء أو من قبل أقرباء الموتى...⁽¹⁾.

2. توصيات جمعيات أوروبية ودولية:

* **لجنة أخلاقيات جمعية نقل الأعضاء:** منذ سنة 1970 ، تبنت هذه اللجنة تصريحاً مفاده: " أن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبول مهما كانت الظروف ". وقد وضعت اللجنة المذكورة منذ سنة 1985 ، مبادئ أساسية تطبق على عمليات توزيع واستعمال الأعضاء المتحصل عليها من الأحياء أو الأموات من غير الأقارب . ويفرض أحد هذه المبادئ على المستفيد والفريق الطبي الذي يقوم بالزرع أن يأخذ بعين الاعتبار أن المتبرع يتصرف من منطلق الإيثار لتحقيق مصلحة المستفيد وليس من أجل الحصول على المنافع الشخصية ⁽²⁾.

* **الجمعية الأوروبية للزراعات الغشائية والجمعية الأوروبية لزراعة الكلى:** جاء في قرار الجمعية الأوروبية للزراعات الغشائية و الجمعية الأوروبية لزراعة الكلى ، المنعقد في أول جويلية 1986 في بودابست ⁽³⁾، وفي الفقرة الأولى تحت عنوان الإجراءات الوقائية للمتبرعين بالكلى من الأحياء نصت على انه : " من غير المقبول ومن المنافي لأخلاقيات ومبادئ مهنة الطب القيام بتشجيع الأشخاص على التبرع بالأعضاء عن طريق الضغط عليهم وإغرائهم بالوسائل المادية ". وجاء في الفقرة الرابعة من هذا التقرير : " أنه يجب على الأطباء وكافة المشاركين في إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء أن يستوثقوا من عدم وجود مقابل مادي لقاء قيام المانح بالموافقة على نقل عضو من جسمه ، حيث لا يجوز لهؤلاء أي

¹ - وقد جاء في التقرير تعليقا على هذا المبدأ التوجيهي بأن دفع الأموال مقابل الحصول على الخلايا أو النسيج أو الأعضاء يؤدي إلى استغلال أفقر الفئات وأضعفها استغلالاً جائراً وإلى تقويض التبرع بدافع الإيثار وإلى تحقيق أرباح فاحشة والاتجار بالبشر . وينشر دفع الأموال لهذا الغرض فكرة أن بعض الأشخاص يفتقرون إلى الكرامة إلى حد أنهم يصبحون مجرد أدوات يستعملها الآخرون . ويهدف هذا المبدأ إلى منع الاتجار بالمواد البشرية ، تأكيد بفضيلة التبرع بالمواد البشرية من أجل إنقاذ الأرواح وتحسين نوعية الحياة ...

² - " la transplantation d'organes humaines .Rapport des activités entreprises sous les auspices de l'O.M.S .. -Recueil international de législation sanitaire 1991.vol.42.Rapport p.428

³ - أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي ، المرجع السابق ، ص 156 و 157 .

(الأطباء وكافة المساهمين في العملية الجراحية) المشاركة في إجراء هذه العمليات طالما كانت تتطوي على بواعث مادية .

3. الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية (1):

نصت المادة 69 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية على ما يلي : " لا يجوز أن يكون الجسد البشري وأجزاؤه محلاً لمعاملات تجارية ، ويحظر الاتجار في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية . كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب . ولا يجوز للطبيب بأي حال من الأحوال المشاركة في أي من هذه الأعمال . كما يحظر على الأطباء وسائر المهنيين الصحيين القيام بعمليات لنقل الأعضاء أو المشاركة فيها إذا رجح لديهم أن الأعضاء المطلوب نقلها كانت محلاً لمعاملات تجارية " .

4. مشروع القانون العربي الموحد لزراعة الأعضاء :

جاء في المادة السابعة من مشروع القانون العربي الموحد لزراعة الأعضاء ، الذي نوقش في اجتماع وزراء الصحة العرب الثاني عشر بالخرطوم في 14-16 مارس 1987 ، ما يلي : " يحظر الاتجار بالأعضاء بيعاً وشراءً وكذلك لا يجوز دفع مكافأة لقاء التبرع بالعضو ، كما لا يجوز للأطباء المشاركة في إجراء أيأ من عمليتي الزرع متى كانت تتطوي على أغراض تجارية أو ربحية (2) .

ثالثاً : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين والمجامع الفقهية

الإسلامية :

♦- جاء في البحث المقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية سنة 2009 ، تحت عنوان " زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية " ، من قبل يوسف القرضاوي بخصوص مسألة مجانية التنازل عن العضو ما يلي: "...

1 - الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية ، المرجع السابق .
2- أنظر ، مهند صلاح أحمد فتحي ، المرجع السابق ، ص 157 .

ونحب أن ننوه هنا على أن القول بجواز التبرع بالأعضاء لا يقتضي القول ببيعها، لأن البيع - كما عرفه الفقهاء - : مبادلة مال بمال بالتراضي، وبدن الإنسان ليس بمال حتى يدخل دائرة المعاوضة والمساومة، وتصبح أعضاء الجسد الإنساني محلاً للتجارة أو البيع والشراء كأنها (قطع غيار) للسيارات والأجهزة المختلفة، وهو ما حدث للأسف في بعض الأقطار الفقيرة، حيث قامت سوق أشبه بسوق النحاسين، لشراء أعضاء الفقراء والمستضعفين من الناس، لحساب الأغنياء، ونفقت هذه التجارة الخسيسة التي دخلتها (مافيا) جديدة تنافس (مافيا) المخدرات، ولاسيما في البلاد الشرقية في آسيا وأفريقيا، ذات الأكثرية الساحقة من نوى الدخل المنخفض، بل ممن لا يكادون يجدون القوت الضروري...⁽¹⁾

♦ - كما أكدت المجمع الفقهي الإسلامي في دوراته، على مبدأ المجانية، وذلك في قراراتها ومنها، قرار الدورة الرابعة سنة 1988⁽²⁾، وقد جاء فيه "وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بان لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما. أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر". والقرار نفسه جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الخامسة⁽³⁾.

ثالثاً : مبدأ مجانية التنازل في التشريع المقارن

تجمع جل تشريعات نقل وزرع الأعضاء، وأخلاقيات العلوم الإحيائية، على تجريم عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية، غير أنها اختلفت في تحديدها لمفهوم الاتجار بالأعضاء، لأن البعض منها أقر في تشريعه جواز تلقى المانح لتعويض عن تنازله عن كمية من دمه، بل أن البعض منها نظم مسألة التعويض

¹ - يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 46.

² - مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 18- 23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق 6-11 فبراير 1988م

³ - أنظر، توصيات وقرارات الندوة الفقهية الطبية الخامسة، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-26 أكتوبر 1989 بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي.

بموجب نصوص تشريعية وتنظيمية ، مما جعل البعض يطالب بضرورة سحب هذه الأحكام على سائر عمليات التنازل عن الأعضاء لكون أن الدم في حقيقته لا يخرج عن كونه مكون من مكونات الجسم البشري. وللوقوف على الكيفية التي عالجت بها التشريعات المقارنة مسألة المجانية في عمليات التنازل عن الأعضاء، سنتعرض فيما يلي ، لبعض التشريعات ثم نبين موقف المشرع الجزائري من المسألة.

1- القانون الفرنسي :

يعتبر قانون الصحة العامة الفرنسي المجانية مبدأ يجب أن يشمل كل أنواع التصرفات التي يكون محلها الجسم البشري بكل أجزائه ومشتقاته ، بما في ذلك إجراء التجارب على الجسم . ونستخلص هذا المبدأ من نص المادة 6-16 من قانون الصحة العامة (1) تحت عنوان " احترام الجسم البشري " حيث نصت على أنه " لا يمكن منح أي تعويض للذي يقبل إجراء التجارب على جسمه أو يقبل اقتطاع أحد عناصر جسمه أو أحد منتوجاته " (2).

ومن قراءتنا للنصوص الواردة في قانون الصحة العامة وقانون العقوبات، نجد إن المشرع الفرنسي وضع جملة من الضوابط والإجراءات الوقائية لمنع استغلال هذه العمليات لتحقيق المنافع المادية، وذلك بإقرار مبدأ المجانية كمبدأ أساسي ، إضافة إلى تدابير أخرى من شأنها إبعاد هذه العمليات عن أي استغلال أياً كان شكله.

فنص المادة 665-13 جاء صريحاً في التأكيد على مبدأ المجانية ، حيث نصت على أنه : "لا يجوز على الإطلاق تخصيص أي مبلغ مالي وأيا ما كان كنهه لمصلحة من قام وارتضى إجراء عملية نقل عنصر أو مكون من مكونات

¹ - Loi n° 94 -653 du 28 juillet 1994 .

² - المبدأ نفسه أدرج في القانون رقم 94-654 حيث نص على ما يلي :

« Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir le cas échéant, le remboursement des frais engagés, selon les modalités fixées par décret en conseil d'Etat » Art. 665-13 de la loi 94-654 du 29 juillet 1994.

جسمه دون أن يحول ذلك دون دفع تكاليف عمليات الاستئصال وما يتكبده من نفقات لازمة لإجراء هذه العملية "

كما أن إقرار المشرع الفرنسي لمبدأ سرية المتبرع، الذي نصت عليه المادة 665-14 من قانون الصحة العامة الفرنسي، يجعل الرضا الصادر من المانح بعيداً عن أي تأثير منها التأثير المادي. وكذلك منع أي ابتزاز مادي قد يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم.

وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك ، في ترسيخ مبدأ المجانية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، حيث نص في المادة 671-13 من القانون نفسه، على أنه يحظر على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أي أجر مقابل قيامهم بإجراء أي من عمليتي النقل أو الزرع ⁽¹⁾. فالهدف من هذا الحظر هو الحيلولة دون محاولات تحقيق الأرباح من هذه العمليات، لأنه إذا شعر الجراح بوجود فائدة مادية له من هذه النشاطات فقد يحاول إجراء أكبر عدد ممكن من عمليات الاقتطاع لتحقيق أرباحاً طائلة ⁽²⁾.

وجاءت المادة 665-17 من قانون الصحة العامة تؤكد على حظر أي شبهة اتجار بالأعضاء سواء أكان ذلك بالبيع والشراء أو أعمال الوساطة أو عن طريق الإعلانات ذات الصبغة التجارية، سواء كانت هذه الإعلانات لصالح الأفراد أو لإحدى المؤسسات أو الهيئات العاملة في هذا المجال ، لما في ذلك من إهدار لكرامة الإنسان والنزول به إلى مصاف السلع التي تروج لها بالإعلانات والإشهار .

2- التشريع البريطاني :

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الصادر سنة 1989 ، المؤرخ في 27 جويلية 1989 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء الآدمية، على أن تلقى أو دفع مبلغ مالي مقابل تحصيل عضو بشري ، أو السعي إلى ذلك ، وسواء

¹ - « Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité » . « Art.671-13 du CSP».

² - ABDULDAYEM Ahmad, Op.cit.p 118.

كان ذلك من شخص حي أو ميت وبأي شكل من الأشكال يعد مرتكباً لجنحة . وعلى غرار ما جاء به التشريع الفرنسي فقد جرم المشرع البريطاني عمليات السمسرة، وحظر الإعلانات التجارية المتضمنة دعوى أو عرضاً لبيع الأعضاء الأدمية. أما بخصوص العقوبات المقررة من قبل المشرع البريطاني ، فإن البعض يرى بأنها أقل شدة مما جاءت به التشريعات الفرنسية⁽¹⁾، وكان من المفروض أن تكون أكثر شدة وتتلاءم مع خطورة الجرم المقترف⁽²⁾.

3- القانون اللبناني : جاء نص المادة الرابعة من المرسوم الإشتراعي لسنة 1983، صريحاً وواضحاً بخصوص مجانية التنازل : " أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة " .

4- القانون الجزائري:

أكد قانون حماية الصحة وترقيتها، على مبدأ المجانية، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 161 بقوله " ... ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية"

وجاء تأكيد هذا المبدأ في القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 المتعلق بالتجارب الطبية على الإنسان ، وذلك في المادة 16 منه بقولها لا يمنح أي مقابل مالي بشكل مباشر أو غير مباشر لكل من قبل بالخضوع للتجارب، إلا فيما يخص بالمصاريف التي تحملها الخاضع لهذه التجارب " ⁽³⁾.

رأينا في الموضوع :

نرى بأن ما ذهب إليه الاتجاه الذي لا يرى مانعاً في أن يكون التنازل عن العضو بمقابل ، يحالفه الصواب لكونه أثار مسألة التمييز ، بين أمرين الشهامة والنبل من ناحية ، وعدم المشروعية من ناحية أخرى ، فما طرأ علي المبادئ

¹ - كما سنرى في الفصل الثالث من هذا الباب

² - انظر في هذا : مهند صلاح أحمد تحي ، المرجع السابق ، ص 167 وما بعدها .

³ - نصت المادة الثانية من القرار المذكور على أن المقصود بالتجارب الطبية كل تجريب وبحث على الأشخاص بهدف اكتشاف أو التحقق من الآثار المواد الصيدلانية ، أو اكتشاف الآثار السلبية بغرض تقييم نجاعة الدواء وأمنه . - تشير بأن القرار رقم 387 ، المشار إليه أعلاه ، أعقبه قرار وزاري رقم 388 مؤرخ في 31 جويلية 2006 متضمناً إجراءات إنجاز التجارب الطبية على الأشخاص .

والمفاهيم الخاصة بحرمة الكيان الجسدي للإنسان من مرونة ، كما أسلفنا، جعلت أجزاء الجسم من الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال ، مما يجعل تلقي مقابلاً عن العضو المتنازل عليه عملاً مشروعاً من الناحية القانونية .

فتبنى التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية والإقليمية، كما رأينا ، مبدأ مجانية التنازل، وراهه الخوف من الانزلاق بعمليات زرع الأعضاء إلى مجال التجارة، إلا أن هذا لا يمنع من وضع نظام عام يمكن بمقتضاه مساعدة المتبرع عما يفوته من منافع بسبب الاستقطاع. كما يمكن أن يكون التعويض في شكل مزايا اجتماعية التي تمنح للمتبرع تشجيعاً و عرفاناً بعمله الإنساني النبيل، الذي يهدف إلى إنقاذ حياة إنسان في حالة خطر بسبب المرض.

ونوافق في هذا الصدد ما ذكره يوسف القرضاوي في بحثه المقدم في مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية (1) ، فبعد أن اعتبر بيع أعضاء الجسم عملاً غير مشروع ومحرم ، قال بجواز بذل المنتفع أي (المريض المستفيد من العضو) للشخص المتبرع - بدون تواطؤ ناطق أو ساكت - مبلغاً من المال غير مشروط ولا مسمى من قبل ، على سبيل الهبة والهدية والمساعدة ، فهو جائز ، بل محمود ومن مكارم الأخلاق ، . وذكر في سياق هذا الكلام، قياس ، إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضه دون اشتراط سابق فهو مشروع ومحمود ، وقد فعله النبي ρ حيث رد أفضل مما أخذ، وقال: "إن خياركم أحسنكم قضاء"⁽²⁾.

من المفيد الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ، كما أسلفنا ، نص صراحة على وجوب أن يكون التنازل مجانياً ، بل وحدد عقوبة صارمة على كل من يتقاضى بأية صفة مقابلاً مادياً . ومع ذلك فقد نص في قانون اقتطاع وغرس الأعضاء لسنة 1976 على عدم المساس بالنفقات الحاصلة بسبب الاقتطاع

¹ - الشيخ يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص 47 .

² - حديث متفق عليه: رواه البخاري في الوكالة (2305)، ومسلم في المساقاة (1601)، كما رواه الترمذي في البيوع (1316)، والنسائي في البيوع (4618)، وابن ماجه في الصدقات (2423) عن أبي هريرة.

وتعويض المتبرع عن الأضرار المحتملة ، ولا يعتبر هذا ثمن للعضو المقتطع. كما أن مسألة التعويض أقرها مؤتمر وزراء الصحة الأوروبيين سنة 1987، ومما جاء في الفقرة التي تعرضت لعدم الاتجار بالأعضاء : ضرورة تعويض المتبرع الحي عن الكسب الفائت وعن النفقات التي تحملها بسبب الاقتطاع أو حتى بسبب الفحوصات الأولية⁽¹⁾.

Ⓒ- الشرط السادس: أن تجرى عمليات الاستئصال والزرع في

مستشفيات مرخص لها

بالنظر لأهمية وخطورة مثل هذه العمليات، فقد قررت أغلب القوانين الطبية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء، إسناد هذه المهمة إلى مستشفيات مرخص لها من قبل الوزارة المكلف بالصحة. وبهذا نصت المادة 167 من قانون ترقية الصحة وحمايتها على أنه: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة . كما نصت 671-12 من قانون الصحة العامة الفرنسي على وجوب إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء في المؤسسات الإستشفائية المرخص لها من قبل السلطات الإدارية⁽²⁾ .

من المفيد الإشارة ، في آخر هذا الفرع ، إلى أن المشرع الفرنسي قطع شوطاً معتبراً في إنشاء مؤسسة متخصصة في مجال متابعة كل العمليات ذات الصلة بنقل وزرع الأعضاء وغيرها من الأعمال الطبية المستحدثة . فقد أنشأ بموجب القانون رقم 2004-800 المتضمن قانون البيوأخلاقية ،مؤسسة أطلق عليها "الوكالة البيوطبية L'agence de Biomédecine" ،وهي مؤسسة عمومية ،تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، وتعنى هذه المؤسسة بكل الأعمال الطبية

¹- Recueil international de législation sanitaire . op.cit. vol.39.p.294-298.

²-Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative. « Art.671-12 du CSP».

وخاصة الممارسات الطبية الحديثة⁽¹⁾. وتقدم الوكالة تقريراً سنوياً للبرلمان، والحكومة، والمجلس الاستشاري الوطني لأخلاقيات العلوم والحياة والصحة⁽²⁾. وعلى غرار المؤسسة الفرنسية توجد في أوروبا وكالات مشابهة، وتعمل هذه المؤسسات في إطار مهامها على تأطير ومتابعة عمليات نقل وغرس الأعضاء والأنسجة وغيرها. ومن هذه الوكالات⁽³⁾:

- **بريطانيا** : (NHSBT) National Health Service blood and transplant ، وقد أصبحت في سنة 2005 كسلطة صحة وتتكفل بكل المهام ذات العلاقة بنقل وزرع الأعضاء. ومن مهامها الأساسية ضمان توزيع عادل للأعضاء المستقطعة بين المرضى المسجلين في قائمة الانتظار .

- **ألمانيا** : « Deutsche Stiftung Organtransplantation(DSO) La fondation» وقد أسندت لها سنة 2000 مسؤولية الوكالة الوطنية لنقل وزراعة الأعضاء. ومن مهام هذه المؤسسة تنسيق التعاون بين المستشفيات التي تملك مصلحة العلاجات المكثفة والمراكز الخمسين(50) المتخصصة في نقل وزراعة الأعضاء.

- **إسبانيا** : (ONT) Organizacion nacional de trasplantes، وهي مؤسسة تنسيقية ذات طابع تقني، تحت وصاية وزارة الصحة، ومن مهامها تطوير النشاطات ذات الصلة بالتبرع بالأعضاء والأنسجة. ويرتكز عملها في ثلاث

¹ -L'agence biomédecine est compétente dans le domaine de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaines. Elle à notamment pour missions : - De participer à l'élaboration et , le cas échéant , à l'application de la réglementation et des règles de bonnes pratiques et de formuler des recommandations pour les activités relevant de sa compétence ... (Art.L1418-1 Cf. à la loi n°2004-800 du 6 aout 2004).

² Ce rapport Qui comporte notamment une analyse des autorisations et agréments accordés au titre 10° et 11°, ainsi que les avis du conseil d'orientation , une évaluation de l'état d'avancement des recherches sur l'embryon et les cellules souches , un état des lieux d'éventuels trafics d'organes ou de gamètes et de mesure de lutte contre ces trafics ... (Art.L1418-1-12 de la loi n°2004-800 du 6aout 2004).

³ - أنظر مهام هذه الوكالات في الدراسة المقارنة للتأطير القانوني الدولي:

مستويات : تنسيق وطني، تنسيق جهوي، وتنسيق على مستوى المؤسسات الإستشفائية .

- **إيطاليا** : Centro Nazionale Trapianti (CNT) ، وقد أنشأت سنة 1999 ، ومن مهامها تسيير البرامج الوطنية لتوزيع ومنح الأعضاء .

- **السويد** : Donationsradet ، ويسمى المجلس السويدي للتبرع بالأعضاء والأنسجة . فهو يؤطر منذ سنة 2005 كل النشاطات المرتبطة بالتبرع بالأعضاء والأنسجة على المستوى الوطني . ونظراً لأن نسبة التبرع بالأعضاء في السويد هي الأكثر انخفاضاً في أوروبا، ارتأت الحكومة السويدية إنشاء هذه الوكالة المتخصصة في التبرع بالأعضاء والأنسجة.

- **سويسرا** : مؤسسة Swisstransplant . بالنظر إلى تعقيد عمليات نقل زراعة الأعضاء في هذا البلد ، عمدت سويسرا سنة 2005 إلى إنشاء هذه المؤسسة . ومن مهامها: تسيير ملفات طالبي الأعضاء المسجلين في قوائم الانتظار ، وأيضاً تنسيق تبادل الأعضاء مع المؤسسات المشابهة في الخارج .

ومما جاء في هذه الدراسة أنه توجد مؤسسة مشابهة بدولة تونس تسمى

المركز الوطني لتطوير نقل زراعة الأعضاء (CNPTO) .

⊖- الشرط السابع : الأعضاء غير القابلة للزرع لخصوصيتها :

بالإضافة إلى تحريم ومنع نقل الأعضاء الأساسية للحياة كالقلب والكبد ، فإن هناك من الأعضاء الأخرى ، التي يمنع نقلها وزرعها لما لها من خصوصية، ومن هذه الأعضاء ما أجمع على تحريم ومنع نقلها إلى شخص آخر ، ومنها ما هو محل خلاف :

1- الخصية والمبيض: بخصوص نقل وزرع الخصية والمبيض فقد أفتى

بعض الفقهاء بعدم جواز ذلك ، ومنهم يوسف القرضاوي حيث قال: " أن نقل الخصية لا يجوز، فالأطباء والعلماء المختصون يقررون أن الخصية هي مخزن المنى الذي ينقل الخصائص الوراثية للرجل ولأسرته وفصيلته إلى ذريته، وأنها

تستمر في حمل وإفراز (الشفرة الوراثية) للمنقول منه، حتى بعد زرعها في متلقٍ جديد. ومن هنا كان زرع الخصية في جسم إنسان ما يعني أن ذريته - حين ينجب - تحمل صفات الإنسان الذي أخذت منه الخصية، من البياض والسواد، والطول أو القصر، والذكاء أو الغباء، وغير ذلك من الأوصاف الجسمية والعقلية والنفسية. فكل المورثات (أو الشفرة الوراثية) المنقولة من الشخص السابق، تظل كما هي، لا تتغير ولا تتبدل بتبدل الشخص المنقول إليه وهذا يعتبر لونا من اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة بكل الوسائل، فحرمت الزنى والتبني، وادعاء الإنسان إلى غير أبيه، ونحو ذلك، مما يؤدي إلى أن يدخل في الأسرة أو القوم ما ليس منهم... فقد ثبت علميا لدى أهل الذكر أن الخصية حين تنقل، تحمل في داخلها كل المورثات التي لا تتغير ولا يأتياها جديد من الشخص المنقولة إليه. ومثل الخصية في الرجل: المبيض في المرأة، فهو صنوها في الوظيفة في حمل البيضات للمورثات أو الشفرة الوراثية، وخرنها ثم إفرازها، وهو مثلها في الحكم سواء بسواء⁽¹⁾.

وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ، الموافق 14-20 مارس 1990م. حيث جاء فيه أنه بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410هـ، الموافق 23-26 أكتوبر 1989م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، فقد قرر بخصوص زرع الغدد التناسلية ما يلي: "بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى زرعهما في متلقٍ جديد، فإن زرعهما محرم شرعا.

¹- يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 56 و57.

2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي ، بخصوص زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تتقل الصفات الوراثية-ماعداء العورات المغلطة-جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم (1) للدورة الرابعة لهذا المجمع.

أما التشريعات الوضعية فقد نص البعض منها على منع نقل هذه الأعضاء ومنها :القانون التونسي لسنة 1991 حيث نص في المادة 5 منه "يحجر مطلقاً أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها" .

أما في الدول الغربية، فإن مشروعية عملية نقل وزرع الخصية أو المبيض *Le prélèvement de testicule ou d'ovaire*، لم تكن على أساس مسألة اختلاط الأنساب، ولكن على أساس مخالفتها للنظام العام و الآداب . فقد قرر القضاء الإيطالي في 30 أبريل 1932 ببراءة الأطباء الذين اجرو عملية نقل خصية من طالب يدعى سلفاتوري *salvatori* ، لصالح أحد الأثرياء البرازيليين مقابل مبلغ 100.000 ليرة إيطالية ، وقد بررت محكمة نابولي ومحكمة الإستئناف، وأيدته محكمة النقض الإيطالية بتاريخ 31 جانفي 1934 " بأن العملية الجراحية التي تتمثل باقتطاع خصية من شخص لزرعها عند آخر مشروعة عندما يكون المتخلى قد وافق عليها بمعرفة تامة بتضحيته " . وقد انتقد البعض هذا الحكم لأن العملية تمت بدافع مادي . وبغض النظر عن هذا الدافع ، حتى ولو تمت هذه العملية بدافع الإيثار والتضحية ، فإن هذا لا يجعل عمليات اقتطاع الخصية مشروعاً لمخالفة ذلك للنظام العام⁽¹⁾.

أما عن نقل وزراعة المبيض ، فقد كان للقضاء الفرنسي موقف عدائي من هذه العمليات لأنه في الحقيقة عندما ينتج حمل عن هذا الزرع فإن المرأة تحمل الطفل خلال تسعة أشهر فإنها تنقل الرصيد الوراثي للمرأة المتبرعة

¹- Ahmad ABDULDAYAM , op.cit.p. 184 &185.

بالمبيض إلى طفلها هي ، وستتجب نسلأ غريباً عنها تماماً من الناحية البيولوجية. غير أنه بصدور قانون الصحة العامة لسنة 1994، فإن مثل هذه العمليات لم تعد ممنوعة⁽¹⁾.

3- نقل مخ إنسان إلى آخر : وقد جاء في رأي ليوسف القرضاوي بهذا الخصوص : " لو صح نقل مخ إنسان إلى آخر، فمثل هذا لا يجوز لو أمكن، لما يترتب عليه من خلط وفساد كبير؛ لأن مخ الإنسان هو مصدر العمليات العقلية كلها من التفكير والذاكرة والربط والتخيل وغيرها، وهي أساس التكليف، وأساس هوية المرء. فإذا نقلنا مخ شخص إلى آخر، فكأنما نقلنا الشخص المنقول منه إلى المنقول إليه، فكيف يتحمل مسؤوليته، وكيف تكون العلاقة بينهما؟

وكان موضوع زراعة الدماغ محل دراسة من قبل الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزراع الأعضاء ، التي انعقدت بلاهاي سنة 1970 ،وقد جاء في توصيتها : أن زرع الدماغ يجب أن يعتبر غير مقبول . ومع ذلك ما زال النقاش مفتوحاً حول ما إذا كان زرع الدماغ ممكناً من الناحية التقنية⁽²⁾.

ونرى أنه من الناحية العملية ، فإن ذلك غير ممكن ، لأنه - كما سنرى في الباب الثاني من هذا القسم بخصوص المفهوم الحديث للموت ،هو الموت الدماغى - ، بحيث أنه لا يمكن إجراء عمليات الاستئصال من الجثة إلا بعد التأكد من موت الدماغ ، ومن ثم فإنه يستحيل زرعه بعد أن تكون كل خلاياه قد تآلفت.

¹ - Ahmad ABDULDAYAM , op.cit , p. 186 & 188 .

² - Ahmad ABDULDAYAM , IBID , p. 189.

الفرع الثاني

إلزامية الحصول على رضا المتلقي وتبصيره

من المبادئ المستقر عليها في القانون الطبي، ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه⁽¹⁾، ذلك أن للمريض على جسمه حقوقاً مقدسة لا يجوز المساس بها بغير رضاه . كما أنه طبقاً للقواعد العامة، فإن الطبيب المعالج يستطيع أن يتجاوز الحصول على رضا المريض إذا كان هذا الأخير في حالة لا تمكنه من التعبير عن رضاه وموافقته كما هو الشأن في حالة فاقد الوعي⁽²⁾. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب ملزم بالحصول على موافقة المريض وتبصيره ما لم يوجد مبرر تقتضيه حالة المريض الإستعجالية ، وأدانت الطبيب المخالف لهذا الشرط في قرارها الصادر سنة 1988⁽³⁾.

وقد شهد موضوع تبصير المريض في مجال التدخل الجراحي العادي جدلاً فقهيًا واسعاً بين ثلاث آراء :

الأول : يفرض على الطبيب الالتزام بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطره ، وهذا ما يراه جانب كبير من الفقه⁽⁴⁾، ويعتبر أن أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر من قبيل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية . وقد قضى القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب عن كافة النتائج الضارة

1- نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها على انه : " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك " .

2 - ومن ذلك على سبيل نص المادة 3-16 (معدل بموجب القانون 94-653) من القانون المدني الفرنسي: « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où sa état rend nécessaire une intervention à laquelle il n'est pas à même consentir »

كما جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الآداب الطبية اللبناني: " يجب أن تحترم إرادة المريض قدر المستطاع، وإذا تعذر على المريض إبداء رأيه ، وجب على الطبيب إعلام أقربائه بحالة مريضهم ، إلا في حالة الطوارئ أو الاستحالة " .

³ - أنظر محمد يوسف ياسين ، المرجع السابق ، ص 71،72 . وذكر منطوق قرار المحكمة العليا

Cass.civ.1^{er} C.11 octobre 1988 ; Dame Delarue

⁴ - محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، 1962 ، ص 121.

المرتتبة على العملية الجراحية إن لم يقر الطبيب المعالج بتبصير المريض بالمخاطر المحتملة للعملية (1).

الثاني : ويرى عدم الالتزام بتبصير المريض ، بل يطالب بوضع المريض تحت وصاية الطبيب ، ويرون ذلك بأن المريض غالباً ما يكون جاهلاً بالمسائل الطبية والأساليب العلمية التي أدت إلى هذا التدخل ، فضلاً عن ذلك فإن إعلامه بكل المخاطر المحتملة من شأنه أن يؤثر على حالته النفسية وروحه المعنوية مما يجعل من الضروري على الطبيب أن يدخل الثقة في نفس المريض وان يحافظ على حالته المعنوية ليساعده على مواجهة ومقاومة المرض (2).

الثالث : يرى بضرورة تبصير المريض في حدود، بمعنى أنه يمكن للطبيب أن يكذب على المريض طالما أن ذلك في مصلحته ، على أن لا يستعمل في ذلك وسائل الغش والتدليس. وقد ذهب البعض إلى جواز لجوء الطبيب إلى الكذب المتفائل *Le mensonge optimiste*، ويقصد به إخفاء حقيقة المرض وعواقبه الوخيمة عن المريض طالما أن ذكر الحقيقة لن يكون له إلا أثراً سلبياً على حالته النفسية ولن يفيد في علاجه (3).

ومهما كان الخلاف الفقهي بخصوص ضرورة تبصير المريض في التدخل العلاجي العادي، فإن المستقر عليه لدى أغلب الفقه، والقضاء والتشريعات ، تجمع على ضرورة الحصول على رضا المريض في مجال التدخل الجراحي العادي. غير أن السؤال الذي يثور هنا هو :إلى أي مدى يخضع المريض(المتلقي) في مجال زراعة الأعضاء لهذه القواعد ؟ .

1 - أحمد شوقي عمر أو خطوة ، المرجع السابق ، ص 109 . ذكره المؤلف كما يلي : Cass.civ.19 mai 1951 D.1952-52 ,note R .Savatier .

2 - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 88.
3 - وقد أشار أحمد شوقي عمر أو خطوة ، في مؤلفه القانون الجنائي والطب الحديث ، المرجع السابق ، ص 113 ، إلى معيار مشروعية الكذب الذي وضعه العميد كربونيه Carbonnier . " للحكم على الكذب يجب النظر إلى الهدف وإلى الوسيلة ، فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفة الوحيد هو مصلحة المريض ، ولكن لا يجب الوصول إلى ذلك الهدف عن طريق اتباع الوسائل التدليسية أو الاحتيالية . فمصارحة المريض هي المبدأ والهدف الأسمى . وعلى ذلك فلا يعتبر مخطئاً الطبيب الذي يشفى المريض عن طريق الكذب " .

ما من شك في أن العمليات الجراحية بقصد زراعة الأعضاء تعد من العمليات الخطيرة لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلاً. وبالتالي فإن الجراح الذي يجرى عملية زرع عضو دون الحصول على رضا المريض أو من يمثله قانوناً يعد مسؤولاً جنائياً⁽¹⁾.

ذلك لأنه في مجال زراعة الأعضاء، يشترط أن يكون رضا المريض حراً، كما يجب على الطبيب تبصير المريض بنوع التدخل الجراحي ومخاطر العلاج المقترح. فإذا كان المريض، في مواجهة الأطباء والجراحين شخص غير قادر على تقدير الأمور تقديراً سليماً، إلا أنه مع ذلك يبقى المالك الوحيد لحرية الاختيار، باعتبار أنه هو من يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته، ولا يمكن للطبيب أو الجراح أن يحل محله في اتخاذ القرار .

وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1974 في قضية " كارب ضد كولي " . وتتلخص وقائعها: أن مريضاً خضع لعملية غرس قلب وتوفي بعدها بـ 32 ساعة ، بسبب تأثره بفشل كلوي ، وجاء في ادعاء أرملة المتوفى بأن زوجها لم يبصر تبصيراً كاملاً لكون الجراحة لم تكن عادية ، وإنما تجربة جديدة أجريت على زوجها. فقضت المحكمة ببراءة الطبيب لأن زوجة المتوفى لم تقدم الدليل الكافي على عدم حصول الطبيب على رضا متبصر من زوجها كما أنها لم تثبت الخطأ المهني من جانب الطبيب. ومع ذلك أقرت بأنه عندما تستعمل وسيلة علاجية جديدة فإن درجة التبصير تكون أكبر مما في حالات العلاج التقليدي⁽²⁾.

وبالنظر لخطورة وتعقيدات عمليات الإغتراس ، يري البعض⁽³⁾ أنه في عمليات زرع الأعضاء لا يمكن تماماً الاكتفاء بالعقد الأولي أو الرضا الإجمالي المسبق، وإنما يجب الحصول على رضا المريض المتلقي الصريح والمتبصر

¹ - أحمد شوقي عمر أو خطوة ، المرجع نفسه ، ص 99 .

² - انظر الحكم مشار إليه في كتاب مصطفى عبد الحميد عدوى، المرجع السابق ، ص 116 .

³ - رجاء ناجي مكاوى ، المرجع السابق ، ص 68 و 69 .

بشأن كل مرحلة من مراحل تنفيذ العملية، وقبل البدء في تنفيذها ودعوته باستمرار للمشاركة في مختلف مراحل العلاج ، وهذا لأسباب منها :

- أن مثل هذه العمليات ما زالت مكلفة جداً، وفي غالب الأحيان يتحمل المريض مصاريف استئصال وزرع العضو وغيرها من المصاريف الأخرى، وعليه فإنه لا يمكن تصور أن نخفى الحقيقة عن المتلقي؛

- كما أنه يصعب تصور حالات الاستعجال التي تعفى الطبيب المعالج من واجب استئذان المريض، بسبب تعقيد العملية وضرورة تهيئة المريض للزرع بعلاج لكبح الجهاز المناعي، أضف إلى ذلك الشكليات القانونية الواجب اتخاذها من عقود ووثائق قد تأخذ فترة زمنية. بالنظر إلى هذه الاعتبارات وغيرها تبقى مسألة إخطار المريض المتلقي والحصول على رضاه مسألة جوهرية لا غني عنها.

وبما أن موافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو تعنى مشاركته في تحمل مخاطرها، والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض أهلية قانونية كاملة، وبالتالي فإن كان عديم الأهلية، سواءً كان ذلك لسبب قانوني أو لوجود عارض من عوارض الأهلية، فإنه يخضع للأحكام المطبقة على المانح، وقد سبق التعرض إليها . فإن كان المريض (المتلقي) عديم الأهلية ، فإن يمكن أن يصدر الرضا من ممثله القانوني وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة .

نشير في الأخير إلى أن التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء ركزت بشكل كبير على إلزامية الحصول على رضا المانح وضرورة تبصيره بالمخاطر المحتملة، وهذا على خلاف مسألة رضا وتبصير المريض المتلقي، وعليه فإنه عند غياب النص بهذا الخصوص ، فإن القواعد العامة الوارد في القوانين الطبية و التي تحكم رضا المريض هي الواجبة التطبيق .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على الشروط الواجب توفرها في المريض المتلقي وهذا على التفصيل التالي :

1. أن يعرب المتلقي عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية وبحضور شاهدين اثنين .
 2. إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن لأحد أعضاء أسرته أن يوافق على ذلك كتابياً، وهم وفقاً للمادة 164 حسب الترتيب التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.
 3. وإذا كان المتلقي لا يتمتع بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي. أما القصر فالمؤهل لإعطاء الموافقة هو الأب أو الولي الشرعي⁽¹⁾.
 4. على الطبيب المعالج للشخص المتلقي، وقبل التعبير عن الموافقة، أن يعلم المريض أو من هو مؤهل لإبداء الموافقة نيابة عنه، كما أسلفنا أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تترتب عن هذه عملية زرع العضو.
 5. يمكن تجاوز الموافقة المطلوبة من المتلقي أو ممن يمثله قانوناً في الظروف الاستثنائية أو في حالة الاستعجال أو في حالة تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي ، وهذا إذا كان من شأن أي تأخير في إجراء التدخل الجراحي ، وفقاً لتقدير الطبيب رئيس المصلحة ، وفاة المتلقي إن لم تجر له العملية .
- ومن التشريعات العربية التي نصت على ضرورة الحصول على رضا المتلقي ، التشريع السوري الخاص بنقل وزرع أعضاء الإنسان حيث نصت المادة الثامنة منه على أنه : " لا يجوز إجراء عملية النقل والغرس على المريض المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية وصريحة منه أو من وليه إذا كان قاصراً أو من عائلته في حالة كونه غير قادر على الإفصاح عن إرادته .

¹ - نصت المادة 87 من قانون الأسرة ، المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 على أنه " يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله . وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد "

الفصل الثالث

مسئولية الطبيب والمؤسسات الإستشفائية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء

بعد أن تعرضنا في الفصل الثاني من هذا الباب إلى شروط الواجب توافرها في عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، ومتى يكون العمل الجراحي مشروعاً بالنسبة لكل من المانح والمتلقي. وإن كان الاتجاه الغالب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى، والقوانين الوضعية قد أباحت التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لمن هو في أمس الحاجة إليها، فإن تقييد هذه الإباحة بالشروط، التي ذكرناها، أصبح ضرورياً.

ومن المفيد التذكير بأنه لا يجوز للطبيب المساس بتكامله الجسدي إلا برضاه، ما لم يكن في ذلك مساس بحقه في الحياة، فالطبيب الذي يستأصل عضواً حيويًا من جسد الإنسان كالقلب مثلاً يسأل جنائياً ومدنياً حتى ولو تم برضا المانح. لهذا فحق الإنسان في التصرف في جسمه ليس مطلقاً، فهو لا يملك التنازل عن حياته و لا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الوظيفية. ومن هنا فإن السؤال الذي يثور هو : ما هي طبيعة مسؤولية الطبيب المعالج والمؤسسات الإستشفائية في حالة تخلف الشروط الواجب توافرها في مثل هذه العمليات ، وهي الرضا كشرط أساسي بالنسبة للمانح والمتلقي ، ومبدأ المجانية ، والسرية وغيرها . وهذا ما سنتناوله في المباحث التالية .

المبحث الأول

نطاق مسؤولية الطبيب في حال تخلف الرضا

كما أسلفنا، يعتبر رضا المانح وموافقة المتلقي ركنان أساسيان في إباحة عملية الاستئصال والزرع ، وبالتالي فإن تخلف أي منهما يؤثر سلباً على مشروعية العملية ويرتب جزاءات قانونية، لأن كل من المتبرع والمتلقي يتعرضان

للمساس بتكاملهما الجسدي. وسنتناول فيما يلي مدى مسؤولية الطبيب في حالة تخلف شرط رضا كل من المتبرع والمريض .

فإذا قام الطبيب باستئصال عضو من شخص بغرض زرعه في شخص مريض بدون موافقة صريحة منه أو حصل على موافقته باستعمال وسائل احتيالية أو باستعمال الغش أو الإكراه ، فإنه يسأل في هذه الحالة جنائياً ومدنياً وتأديبياً . وبهذا انعقد إجماع الفقهاء على أن فعل استئصال عضو من جسم الإنسان دون موافقته يشكل جريمة تستوجب العقاب، ولو كان ذلك بقصد إنقاذ حياة إنسان آخر، والتكليف القانوني لهذا الفعل يتوقف على أمرين ⁽¹⁾ :

الأول : طبيعة الجزء المستأصل من الإنسان ، فإن كان عضواً وفقاً للمعنى الدقيق، أي يشكل مجموعة من الأنسجة المترابطة والتي لا يمكن استبدالها بشكل تلقائي فإننا سنكون أمام أحد فرضين :

الفرض الأول: أن تؤدي عملية الاستئصال إلى عاهة مستديمة مكتملة الأركان . ويتمثل الركن المادي في سلوك الطبيب الذي قام باستئصال العضو ، والركن المعنوي يتمثل في توافر عنصرى العلم والإرادة ومن ثم انصراف قصده نحو النتيجة الجرمية في إحداث العاهة المستديمة مما يرتب وقوع الفاعل تحت طائلة أحكام المادة 264 من قانون العقوبات (2).

ذلك أن تخلف رضا المانح ينفي عن هذه الممارسة سبب الإباحة الذي كان من شأنه أن يجعل فعل الطبيب مشروعاً. وفي هذه الحالة يقع على المجني عليه عبء إثبات واقعة الاعتداء على تكامله الجسدي ولا يلزم أن يثبت أن ذلك وقع بدون رضاه. وعلى الطبيب إثبات وجود الرضا المسبق إن أراد دفع التهمة عن نفسه. ولا يؤثر في قيام المسؤولية وتوفر الركن المعنوي نبل الباعث الدافع إلى

¹ - مهند صلاح فتحى العزة، المرجع السابق ، ص 143 و144 .

² - نصت المادة 264 من قانون العقوبات في فقرتها الثالثة على أعمال الجرح العمدي ... إذا ترتب عنها فقد أو بتر أحد الأعضاء ... أو أية عاهة مستديمة ... واعتبرتها جنائية يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات .

ارتكاب الفعل (أي اقتطاع العضو)، وأن كان يمكن للقاضي أن يعتبره ظرفاً مخففاً (1).

الفرض الثاني : أن تؤدي استئصال العضو إلى وفاة المجني عليه ، وهنا نميز بين أمرين :

- إن كان العضو المستأصل لا يؤدي عادة إلى الوفاة وفقاً للقواعد العلمية والأصول الطبية، فهنا تكون مساءلة الطبيب عن جريمة جرح أفضى إلى الموت، وغني عن البيان أن رضا المجني عليه يعفى الطبيب من المسؤولية إلا فيما يعتبر من قبيل الأخطاء المهنية والفنية طبقاً للقواعد العامة المقررة في القوانين الطبية .

- أما إذا كان العضو المستأصل حيويًا ولازم لاستمرار الحياة كما هو الحال في استئصال القلب أو الكبد ، فهنا يكون الطبيب قد ارتكب جناية قتل عمدية . وغني عن البيان أن رضا المجني عليه في هذه الحالة لا يشكل بحال من الأحوال سبباً للتعدي على الحق في الحياة.

- أما تخلف رضا المريض، فمن المستقر عليه في القوانين الطبية ، ضرورة الحصول على رضا المريض، كما أنه طبقاً للقوانين نفسها يستطيع أن يتجاوز الحصول المريض إذا كان هذا الأخير في حالة لا تمكنه من التعبير عن رضاه وموافقته كما هو الشأن في حالة فاقد الوعي وهذا في مجال العمليات الجراحية العادية ، غير أن العمليات الجراحية بقصد زراعة الأعضاء تعد من العمليات الخطيرة لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلاً. وبالتالي فإن الجراح الذي يجرى عملية زرع عضو دون الحصول على رضا المريض أو من يمثله قانوناً يعد مسؤولاً جنائياً. وعلة المسؤولية الجنائية ، أن العمل الطبي يستند في مشروعيته لإذن القانون ورضا المريض . ويتمثل إذن القانون في عمليات نقل وزراعة الأعضاء متى توفرت الشروط والضوابط التي

¹ - جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد ، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، 2000، ص 597 .

حددها القانون في هذا المجال ، أما السبب الثاني للمشروعية فهو رضا المريض⁽¹⁾.

فإذا كان رضا المريض ضرورياً ، كما أسلفنا، فإن لرفضه أثراً قانونياً في تحديد مسؤولية الطبيب إذ يعفى الطبيب من المسؤولية في هذه الحالة. وعندما تكون العملية ضرورية وعلى درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة لحياته ، فإنه على الطبيب استعمال كل الوسائل المشروعة لإقناعه، فإن أصر مع كل المحاولات على موقفه الرفض فما على الطبيب للتخلص من المسؤولية إثبات رفضه كتابة⁽²⁾. كما أن رضا المريض وموافقته على إجراء عملية زرع لعضو، مع علمه بخطورتها وتبصيره من قبل الطبيب المعالج، يعفى الطبيب من المسائلة الجزائية عن الأضرار التي تتجم عن العملية خاصة إذا كان المخاطر عادية ومتوقعة.

■ - موقف تشريعات زراعة الأعضاء بخصوص تخلف الرضا :

نشير بداية إلى أن التشريعات الخاصة بنقل وزرع الأعضاء ، اختلفت في معالجتها لمسألة المسؤولية الجزائية والمدنية المترتبة عن تخلف الرضا ، سواء بالنسبة للمانح أو المريض . فمنها من عالجتها بشكل واضح وكامل من حيث التكييف والأحكام الجزائية كما فعل المشرع الفرنسي وبعض التشريعات الأخرى، واكتفى البعض الآخر بالنص على ضرورة توفر الرضا في القوانين الطبية غير أنه لم يحدد الأحكام الجزائية في حالة تخلفه تاركاً الأمر في ذلك للقواعد العامة المحددة في القانون الجنائي .

(أ) - التشريع الفرنسي:

ظل تكييف الأفعال التي تشكل انتهاكاً لضوابط عمليات نقل الأعضاء، المنظمة بموجب القانون رقم 76-1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976، المتضمن نقل الأعضاء، المشار إليه، منوطاً بالقواعد العامة في قانون العقوبات، إلى أن

¹ - وقد أشرنا إلى شرط رضا المريض في عملية زرع الأعضاء وذلك في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها

² - انظر أحمد شوقي عمر أبو خضوة ، المرجع السابق ، ص 102 .

جاءت قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية سنة 1994 بتنظيم شامل لما أصبح يعرف بالجرائم المتعلقة بأخلاقيات العلوم الطبية الحيوية ، كما أن قانون العقوبات الفرنسي استحدث فصلاً خاصاً بعنوان : الجرائم في مواد الصحة العامة⁽¹⁾ ، واشتمل على ثلاثين مادة . ثم في سنة 2004 صدر القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 المتضمن أخلاقيات العلوم ، والذي جاء بأحكام معدلة وأخرى جديدة .

فبعد أن بينت نصوص قانون الصحة العامة (المواد 671 ، من 3 إلى 6) أحكام الرضا وشروطه وضوابطه ، في مجال نقل الأعضاء ، جاء قانون العقوبات المعدل بأحكام جزائية في المادة 511-3 حيث نص " إن نقل أحد الأعضاء من جسم شخص على قيد الحياة دون رضاه بالشروط المحددة في المادة 671-3 من قانون الصحة العامة⁽²⁾ يستوجب عقوبة الحبس لمدة 7 سنوات وغرامة قدرها 100.000 أورو. وتجدر الإشارة إلى أن العقوبة المذكورة ، تنطبق سواء كان الضحية الشخص بالغاً أو ممن يخضع للحماية القانونية ، وسواء كان الرضا منعدماً أو معيباً طبقاً للشروط التي حددتها المادة 671 أعلاه . كما نصت المادة 511-26 توقيع العقوبة ذاتها على الشروع في ارتكابها⁽³⁾ . وتضمنت المادة 511-28 من قانون العقوبات جزاءات في حق الأشخاص المعنوية واعتبرتهم مسؤولين جنائياً في حال مساهمتهم في هذه الجرائم وفقاً للقواعد المقررة في المادة 121 -2 من قانون العقوبات⁽⁴⁾ .

¹ - Les infractions en matière de santé publique (Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 ,art.9)

² - وقد تعرضنا إلى ذلك مفصلاً في الفرع الأول من المطلب الثالث من هذا الباب.

³ - La tentative des délits prévus par les articles 511-2,3,4,5,6,9,11 et 15 est punie des mêmes peines.

⁴ - Les personnes morales peuvent être déclarés responsables pénalement , dans les conditions prévues par l'article 121-2 des infractions définies au présent chapitre . les peines encourues par les personnes morales sont :

-1° - L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

-2° - Les peines mentionnées à l'article 131-39

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

(ب) - **القانون الكويتي:** بعد أن تضمن المرسوم بالقانون رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزرع الأعضاء ،شروط وضوابط عمليات استئصال الأعضاء من شخص حي أو ميت، نص المادة 10 منه على أحكام جزائية عن المخالفات التي قد ترتكب في مجال استئصال الأعضاء بغرض غرسها حيث نصت على : " عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم النهائي في الجريمة الأولى .

(ج) - **القانون اللبناني:** الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 109 الصادر في 16 سبتمبر 1983 ، المتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعملية ، نص في المادة 7 منه على أنه : " كل من يقدم على أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في هذا المرسوم الاشتراعي - ومنها رضا المانح وبملاء حريته كما نصت المادة الأولى منه على ذلك - ، يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة ولغرامة من ألف إلى عشرة آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين " .

(د) - **التشريع الجزائري:** نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري على أنه: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر... " .
غير أن المشرع الجزائري، لم يُضمن أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها في الباب الثامن المعنون أحكاماً جزائية ، نصوصاً جزائية خاصة بالمخالفات المتعلقة بزرع ونقل الأعضاء ، كما جاء في التشريعات التي أشرنا إليها ، وعليه فإن الحكم فيها سيكون وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات المنصوص عليها في الباب الثاني بعنوان الجنايات والجناح ضد الأفراد .

المبحث الثاني

مسؤولية الطبيب في حال تخلف مبدأ المجانية

لا خلاف في حرمة التعامل مع جسم الإنسان على أنه سلعة من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية ، كما أن تشريعات نقل وزراعة الأعضاء، وأخلاقيات العلوم الإحيائية ، تجرم عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية.

وبقصد تدعيم مبدأ مجانية التبرع ومنع الاتجار بالأعضاء البشرية، جاءت التشريعات الجزائية والقوانين البيوأخلاقية بأحكام جزائية وإدارية وتأديبية صارمة تسلط في حالة ارتكاب هذا النوع من المخالفات ومن هذه التشريعات :

← - التشريع الفرنسي :

(أ) - نصت المادة 511-2 من قانون العقوبات (1) على الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة 100.000 أورو على فعل الحصول على الأعضاء بمقابل مادي أيا كان شكله . كما يتعرض للعقوبة نفسها كل من يقوم بأعمال الوساطة سواء أكان موضوعها الحصول على عضو لمصلحة المتلقي ، أم دفع الغير للتنازل عن أحد أعضائه نظير مقابل مادي أيا كان شكله . وأكثر من هذا فقد شملت العقوبة نفسها حتى في حالة العضو المتحصل عليه بمقابل مادي قد تم جلبه من خارج التراب الفرنسي (2).

(ب) - وتتراوح العقوبات الإدارية ضد المؤسسات الصحية والهيئات التي لا تحترم الشروط والضوابط التشريعية في مجال نقل وزراعة الأعضاء (3)، ما بين

¹ - Modifié et complété par la loi 94-653 du 29 juillet 1994 .

² - نصت المادة 511-26 على العقوبات نفسها بالنسبة للشروع في الجرائم الواردة في المواد 511-9، 6، 5، 4، 3، 2 و 11 من قانون العقوبات .

³ - لا تمارس المؤسسات الصحية عمليات نقل الأعضاء إلا بعد حصولها على ترخيص من الجهات الإدارية المختصة، وهذا طبقاً لأحكام المادة 671-12 .

« Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable »

الغرامة وسحب الترخيص الممنوح لها⁽¹⁾. كما يمكن أن تتعرض للعقوبة نفسها المؤسسات الصحية التي لا تحترم مبادئ السرية، المجانية والوقاية الصحية.

(ج) - أما العقوبات التأديبية ، وتتمثل في الحظر المهني قد تصل إلى عشر سنوات ضد الأشخاص الممارسين الذين يشتغلون في مؤسسات صحية التي لم تحصل على الترخيص القانوني، أو لم تحترم مبادئ المجانية والوقاية الصحية⁽²⁾.

← - التشريع الكويتي :

بعد أن نصت المادة السابعة من القانون رقم 55 لسنة 1987 ، على أنه لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة أو تقاضى أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب إجراء عملية الاستئصال إذا كان على علم بذلك ، جاء نصت المادة 10 منه ، بحكم شامل لكل مخالفة لنص هذا القانون بما في ذلك شرط المجانية ، وقضت بتسليط عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة تزيد عن ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، ومضاعفتها في حالة العود⁽³⁾.

المبحث الثالث

تخلف شرط سرية التبرع

أشرنا عند تعرضنا لمبدأ المجانية في التشريع الفرنسي إلى أن إقرار هذا الأخير لمبدأ السرية إنما الهدف منه جعل الرضا الصادر من المانح بعيداً عن أي تأثير ومنها التأثير المادي. وكذلك منع أي ابتزاز مادي قد يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم .

¹ - المادة 511-28 من قانون العقوبات الفرنسي .

² - انظر المادة 511-28 من قانون العقوبات ، والمادة 674-1 من قانون الصحة العامة .

³ - وفي نفس المعنى : جاءت أحكام الفصل 17 من القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، حيث نص على الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وغرامة تتراوح بين ألفي وخمسة آلاف دينار. ونصت المادة 7 من القانون اللبناني الخاص بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلاجية على عقوبة مخالفة أحكام هذا القانون بما في ذلك مبدأ المجانية ، بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من ألف إلى عشرة آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين .

وإن كانت بعض التشريعات تسمح بخرق قاعدة السرية ، فإن ذلك لا يكون إلا عندما تقتضى الضرورة العلاجية ، ولتجاوز قاعدة السرية ، كما نص على ذلك التشريع الفرنسي في المادة 665-14 من قانون الصحة العامة ⁽¹⁾، يجب توفر شرطين ⁽²⁾:

1- أن تتوفر حالة الضرورة، وذلك عندما يجب إجراء أبحاث على مرض مشخص عند المستفيد من أجل معالجته بشكل أفضل.

2- أن يقتصر كشف مبدأ السرية على أطباء كل من المتبرع والمستفيد . وبديهي فإن إفشاءهم لما حصلوا عليه من معلومات يعرضهم للعقوبة المقررة في قانون العقوبات ⁽³⁾ .

أما المشرع الجزائري فقد نص على مبدأ السرية في المادة 2/165 من قانون 09-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها بقوله "...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع". وبديهي أن مخالفة هذه القاعدة يوقع الطبيب تحت طائلة العقوبات المقررة لجريمة إفشاء السر المهني، المنصوص عليها في قانون العقوبات .

الباب الثاني

نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء

سبق أن أوضحنا في الباب الأول من هذا القسم، أن إباحة التصرف في أعضاء الجسم البشري تقتصر فقط على الأعضاء التي لا تعطل الوظائف الحيوية لهذا الجسم، أي الأجزاء المزدوجة، وبذلك خرجت الأجزاء الأخرى من عداد

¹- وبخصوص مبدأ السرية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 665-14 على إمكانية خرق قاعدة السرية للضرورة العلاجية

« Il peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique »

² -Ahmad ABDULDAYEM , op.cit, 122 .

³ -La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 1500 euros d'amende.(art.226-13).

المشروعية. وهكذا أصبح مجال زرع الأعضاء رغم نجاحه وتطوره محدوداً بالنظر لقلّة قطع الغيار البشرية ، ومن أجل هذا اقتضت الضرورة الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان المتوفى ، ومن ثم أصبح المساس بجثة الإنسان بعد وفاته أمر لا مفر منه مما يستدعي إعادة النظر في الحكم الذي أرساه الفقه التقليدي الذي يمنع الانتفاع بأعضاء من جثث الموتى .

فقد أدت عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية إلى إنقاذ حياة وصحة الآلاف من المرضى بعد أن تقدمت تلك الوسائل. ورغم ذلك ، لازالت هناك صعوبات تواجه الكثير من المرضى الذين يتزايد عددهم يوماً بعد يوم في مختلف المجتمعات وأبرز هذه الصعوبات ترجع إلى عدم توافر الكمية المطلوبة من الأعضاء والأنسجة البشرية لتلبية احتياجات هذه الأعداد المتزايدة من المرضى خاصة الأعضاء التي يستحيل استئصالها والإنسان على قيد الحياة مثل القلب والكبد وهما من الأعضاء التي لا يمكن الاستغناء عنها لبقائه على قيد الحياة.

ومن هنا أصبح المساس بجثة الإنسان أمر لا مفر منه إلا أن الأمر ليس بالسهل الهين، فأغلب البشر يحرصون على احترام موتاهم، ويصرون على معاملة جثة فقيدهم بكامل العناية والاحترام ويرفضون أن يضاف إلى عنائهم أمر التفكير في التمثيل بجثة فقيدهم. غير أنه إذا كان مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى يقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية، المتمثلة في احترام ذكرى المتوفى ، فإن هذه الجثة أصبحت مصدراً أساسياً للحصول على أعضاء لزرعها للمرضى من أجل إنقاذ حياتهم من موت محقق أو مرض خطير وهذا يعتبر عمل إنساني نبيل وذا قيمة أعلى من المحافظة على مبدأ حرمة المساس بالجثة. وأياً ما كان الأمر فقد أصبح استئصال الأعضاء من جثث الموتى أمراً مباحاً شرعاً وقانوناً .

فقد أقر الإسلام كرامة الإنسان حياً وميتاً ، قال تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا

تفضيلاً {⁽¹⁾} والآيات التي تتحدث عن كرامة الإنسان كثيرة جداً ، ومما يدل على قمة تكريم الإسلام للنفس البشرية أن الرسول ﷺ وقف عندما مرّت جنازة يهودي ، فقال أحد الصحابة متعجباً : إنها جنازة يهودي ، فرد الرسول الكريم ﷺ : " أليست نفساً " ⁽²⁾ . كما نهي رسول الله ﷺ عن كسر عظم الميت ⁽³⁾ .

ووجه الدلالة في هذا الحديث أنّ الإنسان له حرمة سواء أكان حياً أو ميتاً .
أما عن الاستقطاع والنقل من الجثة لإنقاذ حياة إنسان فهي محل خلاف بين الفقهاء بين معارض ومؤيد ولكل أدلة على رأيهم :

♦ - الرأي القائل بإسباغ الحرمة على جثث الموتى :

يعتبر هذا الفريق بأن جسد الإنسان في الحياة وبعد الممات ليس ملكاً للإنسان بحال من الأحوال ومن لا يملك لا يحق له التصرف على أي نحو كان .
وقد أورد هذا الفريق من الفقهاء أدلة وحجج منها :

1- استدلوا بقوله تعالى " لِيُكْفَرَ عَنْكُمُ الرِّيبُ وَأَن تَكُونُوا مِنَ الْكٰفِرِينَ " ⁽⁴⁾ ، حيث أن الله تعالى أمر بدفن جثث الموتى والقول بغير ذلك مدعاة لإهانة الإنسان وابتذاله فالدفن حفظ وستر من المهانة سواء من الميت أو عليه . وجاء في تفسير ابن كثير " فأقبره أي جعله ذا قبر ⁽⁵⁾ " . قال السيد قطب في تفسير الآية " فأمره في نهايته كأمره في بدايته في يد الذي أخرجه إلى الحياة حين شاء ، وأنهى حياته حين شاء ، وجعل مثواه جوف الأرض ، كرامة له ورعاية... ⁽⁶⁾ " .

¹ - الإسراء الآية 70

² - أخرجه البخاري في صحيحة كتاب الجنائز ، الجزء الثاني ، ص 107 .

³ - الحديث أخرجه أبو داود ، الجزء الثالث ص 204 ، حديث رقم 3209 ، كتاب الجنائز ، باب في الحفار ، يجد العظم هل ينتكب ذلك المكان . دار الكتاب العربي (ب.ط) . تعليق : قال شعيب الأرنؤوط إسناده صحيح على شرط الشيخين . انظر حاشية شعيب الأرنؤوط على صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان الجزء السابع ص 438 ، مؤسسة الرسالة (ب.ط) . وفي رواية عائشة انها كانت تقول كسر عظم المسلم ميتاً ككسره وهو حي ، تعني في الإثم . انظر موطأ الإمام مالك (رواية يحيى الليثي) دار إحياء التراث العربي ، مصر ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب الجنائز باب ما جاء في الاختفاء ، الحديث رقم 563 ، الجزء الأول . ص 238 . (ب.ط) .

⁴ - سورة عبس ، الآية 21

⁵ - ابن كثير (عماد الدين أبو الفداء) ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1969 ، ص 472 .

⁶ - السيد قطب ، المرجع السابق ، ص 468 .

2- واستدلوا أيضاً بما قاله الفقهاء بخصوص حرمة جثة الميت ومن

ذلك :

(ا) قول القرافي أنّ حفظ الأعضاء هو حق الله تعالى، ولو أذن أحد في عضو من أعضائه لم يصح إذنه.(1).

(ب) وقول الصاوي : "فلا يجوز استخدام ظفر الميت، ولا جزء منه، ولا شعره لأنّ هذه الأجزاء محترمة، ومن أخذها انتهك حرمتها."(2).

ما يلاحظ أن كثيراً من هذه الآراء لا تحمل منع الاستفادة من جزء الميت لإنقاذ حياة إنسان آخر ، وإن كانت تحمل في مجملها تعظيم لحرمة الموتى وعدم امتهائها والتعجيل بدفنها ، وكل ذلك لا يتعارض إطلاقاً مع ما نادى به الفقه الراجح في الفقه الإسلامي من جواز الانتفاع بجثث الموتى لإنقاذ الأشخاص من الهلاك . أما معارضتهم لنقل الأعضاء من الموتى بغرض غرسها ، لأن الله تعالى أمر بتغسيل الميت وكفنه والصلاة عليه وتشيعه إلى قبره حتى دفنه ، فالأمر لا علاقة له بالنقل من الموتى إلى الأحياء ، ذلك لأنه لو فهم الفقهاء المسلمون الأمر بتغسيل الميت ودفنه تحريم الشريعة للأخذ من الميت لمداواة إنسان حي ، لما أجاز معظمهم استخدام عظام الموتى في جبر عظم الحي المنكسر، إذا تعذر جبره بغير ذلك، وهو ما عليه مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية⁽³⁾ . وفي هذا يقول يوسف القرضاوي " وعندما نبحت في فقها الموروث، وهو تركة ضخمة حافلة، تمثل جميع المدارس والمذاهب والاجتهادات، لا نجد فيه بوضوح وقوة: مسألة زرع عضو أو نقله من حي أوميت إلى إنسان آخر، لينتفع به، رغم ما في فقها أحيانا كثيرة من صور افتراضية، تخيلها الفقهاء قبل أن تقع، ورتبوا لها أو عليها

1 - القرافي ، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص 95.

2 - أحمد بن محي الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1978، الجزء 1 ، ص 432.

³ - محمد عبد اللطيف عبد العال ، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2005 ، ص 30 .

أحكاماً لو فرض وقوعها. وإن كان بعض السلف قد كره هذا النوع من الفقه الافتراضي، وسمي أصحابه (الأرأيتيين) أي: الذين يقولون: رأيت لو حدث كذا، أو كذا، ماذا يكون الحكم؟ ذلك لأن التقدم العلمي والطبي في عصرنا - بحيث يمكن نقل عضو من حيّ إلى حيّ، أو من ميت إلى حيّ - لم يكن يتخيله أحد في تلك الأزمنة، مهما أوتي من سعة الخيال⁽¹⁾.

♦ - الرأي القائل بجواز الانتفاع بأجزاء من جثث الموتى :

سبق وأن أوضحت آراء الفقهاء المعاصرين في هذه مسألة نقل زراعة الأعضاء بين الأحياء - في الباب الأول من هذا القسم - ، وهي في مجملها لا تختلف عن النقل من جثث الموتى ، وقد انعقدت ندوات ومؤتمرات كثيرة خصصت لمناقشة مسألة مشروعية عمليات نقل الأعضاء وزرعها، وتبنت مختلف الجامعات الفقهية هذه الآراء وبذلك صدرت الفتاوى ، معتمدة على نصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وأيضاً على بعض الآراء الاجتهادية للفقهاء .

ولعل أول فتوى معاصرة تخص الاستفادة من جثة الميت، هي لحسن مأمون مفتي الديار المصرية. بشأن نقل عيون الموتى إلى الأحياء، وفيها إباحة أخذ عين الميت لترقيع عين المكفوف الحي وقد جاء فيها :

1- إخراج عين الميت كإخراج عين الحي يعتبر اعتداء، وهو غير جائز شرعاً إلا إذا دعت إليه الضرورة، وبشرط أن تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت.

2- أخذ عين الميت لترقيع قرنية عين المكفوف الحي فيه مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الميت ويجوز ذلك شرعاً.

3- عند استصدار قانون بإباحة ذلك يجب النص فيه على الإباحة في حالة الضرورة أو الحاجة الماسة لذلك فقط، وبشرط ألا يتعدى ذلك الأموات

¹ - يوسف القرضاوى ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 13.

الذين لا أهل لهم. أما من يكون له أهل فيكون ذلك مشروطاً بإذنتهم ، فإن أذنوا بذلك جاز وإلا فلا .⁽¹⁾ وعلى إثر هذه الفتوى صدر في مصر القانون رقم 274 لسنة 1959 الخاص ببنك العيون .

كما أفتى في المسألة مفتى الديار المصرية جاد الحق علي جاد الحق حيث جاء فيها : "... وتخريجا على ذلك وبناء عليه، يجوز شق بطن الإنسان الميت، وأخذ عضو منه أو جزء من عضو، لنقله إلى جسم إنسان حي آخر، يغلب على ظن الطبيب استفادة هذا الأخير بالجزء المنقول إليه، رعاية للمصلحة الراجحة التي ارتآها الفقهاء القائلون بشق بطن التي ماتت حاملا، والجنين يتحرك في أحشائها، وترجي حياته بعد إخراجها، وإعمالا لقاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، التي سندها الكتاب الكريم والسنة الشريفة، فإن من تطبيقاتها كما تقدم جواز الأكل من إنسان ميت عند الضرورة صونا لحياة الحي من الموت جوعا، المُقدّمة على صون كرامة الميت، إعمالا لقاعدتي: اختيار أهون الشرين، وإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما، وإذا جاز الأكل من جسم الأدمي الميت ضرورة جاز أخذ بعضه، نقلا لإنسان آخر حي، صونا لحياته، متى رجحت فائدته وحاجته للجزء المنقول إليه"⁽²⁾.

وبعدها توالى صدور الفتاوى، وانهقدت المؤتمرات ودورات المجمع الفقهي، وهيئات كبار العلماء ومنها قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ (3)، وقرار هيئة كبار العلماء في السعودية بشأن زرع الأعضاء(4)، وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره

¹ - الصادرة برقم 1078 ، في 6 شوال 1378 هـ الموافق 14 أبريل 1959

² - يوسف القرضاوى ، المرجع السابق ، ص 70 .

³ - مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 13-8 صفر 1407هـ / 11 إلى 16 أكتوبر 1962م.

⁴ - رقم 99 وتاريخ 1402/11/6هـ ، رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء.

السادس بجدة بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي(1) ، وفي الدورة نفسها اتخذ المجمع قراراً بشأن استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء ، وآخر بشأن، زراعة الأعضاء التناسلية وغيرها...

وفي الجزائر صدر سنة 1972 فتوى من لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى حول نقل الدم وزرع الأعضاء (2).

فعلى الرغم مما حققته هذه العمليات الكثير من الفوائد ، من حيث أنها ساهمت في تحسين صحة العديد من المرضى وفي إنقاذ حياتهم من الموت المحقق، إلا أن هذا النوع من العمليات الطبية مازال يثير الكثير من النقاش والجدل بشأن مسائل أخرى وهي تحديد لحظة الوفاة، ومدى مشروعية المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات الزرع ومدى مسؤولية الطبيب في هذا المجال وغيرها من المواضيع الأخرى. لهذا سنعالج هذه المسائل من خلال تخصيص فصل مستقل لكل منها ، نبدأ بتحديد لحظة الوفاة في الفصل الأول ، وفي الثاني نتعرض لشروط الاستئصال من الجثث .

الفصل الأول

تحديد لحظة الوفاة

يعتبر تحديد لحظة الوفاة ذات أهمية كبرى بالنسبة للطبيب الجراح للقيام بإجراء عملية نقل عضو أو نسيج من جثة ميت إلى جسد إنسان حي. فتحديد لحظة

¹ - الدورة السادسة من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990، وجاءت قرارته بعد إطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410 هـ، الموافق 23-26/10/1989م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

² - وهذا بتاريخ 6 ربيع الأول 1392 هـ ، الموافق 20 أبريل 1972 م ، مما جاء في هذه الفتوى: وحيث إنَّ هذا الإنقاذ يتمّ بتبرع الإنسان بجزء من دمه أو جزء من جسمه، يتطوع بذلك عن اختيار واحتساب، دون أن يخاف ضرراً أو هلاكاً. كما هو الحال في نقل الدم أو زرع الكلية، فإنه يعتبر من باب الإحسان وعمل البر والإيثار على النفس، وقد أمر الله بذلك، ومدح الذين يؤثرون على أنفسهم، وقد نزلت آية الإيثار في الأنصار الذين تبوءوا الدار والإيمان من قبل المهاجرين

الوفاة تعتبر من المسائل ذات الأهمية الكبرى ،في مجال عمليات نقل الأعضاء خاصة الأعضاء التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب والكبد. كما أن تحديد هذه اللحظة يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت فموت الشخص ليست ظاهرة بيولوجية فقط وإنما واقعة قانونية لها آثارها القانونية. هذا بالإضافة إلى أن تحديد لحظة الموت يلعب دوراً قانونياً هاماً في مجال الإرث وفي مجال القانون الجنائي حيث يشترط لتوافر أركان جريمة القتل أن يكون محل الجريمة إنساناً حياً، فتحديد لحظة الوفاة يفصل في مدى توافر أو عدم توافر أركان هذه الجريمة.⁽¹⁾

كما أن تحديد لحظة الوفاة لا يقل أهمية عن تلك المتعلقة بالوقوف على اللحظة التي تبدأ فيها الحياة ، فإن كانت الأخيرة من شأنها الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان نطاق الحماية القانونية بالشكل الذي بيناه في القسم الأول من هذا البحث، فإن الوقوف على لحظة الوفاة يعد الفيصل في انتهاء إطلاق وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل في نطاق أحكام قانونية أخرى خاصة بحرمة الجثث⁽²⁾.

ولعل أطباء الإنعاش هم أكثر من يعاني من معضلة تعريف الموت وأكثر المعرضين للمساءلة، كما أصبحت أصابع الاتهام توجه إلى ممارسي عملية نقل وزراعة الأعضاء، بأنهم يستأصلون الأعضاء من الأحياء لا من الموتى. ففي مجال اقتطاع عضو وحيد وأساسي للحياة كالقلب أو الكبد يجب معرفة اللحظة التي تم فيها الموت للتأكد من أن الاقتطاع مسموح به وحتى لا يوصف عمله قانوناً أنه قتل أو اغتيال.

وعليه يجب أن يكون للقانون الدور الرئيسي في ضبط وإصباح المشروعية على تحديد لحظة الوفاة ، ولا يمكن بحال ترك المسألة برمتها لما يقرره الأطباء في كل حالة على حدى ، وذلك لما يفضي إليه مثل هذا النهج من نتائج شاذة وإخلال كبير في تطبيق القواعد القانونية خصوصاً ما تعلق منها

¹ -محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1986، ص 322.

² -مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 45 .

بالمسؤولية الجنائية عن جرائم الاعتداء على سلامة الجسد والحياة بحيث تتوقف المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل مثلاً على ما يقرره الأطباء من اعتبار الشخص المجني عليه ميتاً أو في حكم الميت أو أن الحياة ما زالت تدب في أوصاله وذلك حسب ما يطبقونه من معايير في كل حالة على حدى⁽¹⁾.

ومن هنا بدأت نقطة الخلاف حول مسألة جوهرية هي تحديد لحظة الوفاة التي تتنازعها عدة اعتبارات فنية وعلمية وقانونية وأخلاقية ودينية ، ومدى انعكاس ذلك على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، ولبيان ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين : حصصنا الأول لمعايير تحديد لحظة الوفاة، والثاني خصصناه للموقف الفقهي والقانوني والقضائي والديني من المسألة .

المبحث الأول

معايير تحديد لحظة الوفاة

الوفاة كحدث في حد ذاته له انعكاسات متعددة سواء من الناحية الطبية أو القانونية أو الأخلاقية أو الدينية. ويكتسب تحديد لحظة الوفاة أهمية خاصة في عصرنا الحالي ومرد ذلك اعتباران : الأول التطور الهائل في مجال عمليات نقل وغرس الأعضاء الذي غير النظرة إلى الجثة على أنها مصدر لقطاع الغيار البشرية ، والثاني أنه بالتقدم الكبير الذي عرفه ميدان الإنعاش الصناعي أفرز لنا حالة ثالثة يكون فيها الإنسان بين الحياة والموت ، بعدما كنا نعرف حالتين فقط هما: الحياة أو الموت .

ومن هنا يثور التساؤل متى يستطيع الطبيب إجراء عملية اقتطاع الأعضاء من الجثة لزرعها عند مرضى آخرين ؟ .من البديهي أن الطبيب لا يقوم بأي اقتطاع من الجثة إلا إذا كان الشخص قد توفى بالفعل. ولمعرفة اللحظة التي يعتبر الشخص ميتاً فلا بد من تحديد معايير الموت. وفي هذا الخصوص يوجد معياران معيار تقليدي الذي يرى بأن الموت تتحقق عندما تتوقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس ، ومعيار حديث الذي

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ، ص 49 .

يرى أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية أو ما يسمى بالموت الدماغى . ثم أن تبنى معيار الموت الدماغى يقتضى منا التعرض لإشكالية الإنعاش الصناعى وما تعلق -خاصة- بحدوده ، وما هي الآثار القانونية والشرعية التي تترتب على إيقافه ؟. هذا ما سنتعرض له في مطالب ثلاثة .

المطلب الأول

المعيار التقليدى للوفاة

الوفاة طبقاً للمعيار التقليدى تتحقق عندما تتوقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس. فتوقف القلب عن العمل وتوقف الجهاز التنفسى - وإن كان يدل على موت ظاهرى- ، فإن هذا لا يدل على الموت الحقيقى (1).

ويرى البعض أن هذا المعيار فيه قصور ولا يواكب مقتضيات التطور العلمى وذلك من وجهين ، الأول : أن التجارب العلمية أثبتت أن توقف نبضات القلب والتنفس الطبيعى لدى الشخص لا يدل بالضرورة على تحقق الوفاة لأن هناك العديد من الحالات التي عاد فيها القلب والجهاز التنفسى إلى العمل بعد إجراء بعض العلاجات العضلية والعصبية وذلك عن طريق إحداث صدمات كهربائية للجهاز العصبى (2). أما الثانى : فيتمثل في أن التعويل على موت القلب وسائر أعضاء الجسم من شأنه إعاقة العديد من الممارسات الطبية العلاجية وعلى رأسها عمليات نقل وزراعة الأعضاء التي تستلزم نقلها قبل تآكل أنسجته وتلفها ، الأمر الذي لن يتأتى إذا تبنينا المعيار التقليدى ، ومن هنا تظهر الحاجة إلى معيار

¹ - ومن الوسائل التقليدية التي يستعان بها للثبوت من حدوث الوفاة : طريقة الوخز الوريدي (L'artériotomie) ، وطريقة إيكارد (La méthode d'icard) ، وعلامة الأثير (Signe de l'ether) وهذه الوسائل كلها تقوم على فكرة واحدة وهي التأكد من توقف الدورة الدموية داخل الجسم (انظر : مهند صلاح أحمد فتحى العزة، المرجع السابق ، ص 51) .

² - مهند صلاح أحمد فتحى العزة، المرجع السابق ، ص 51 و 52 نقلاً عن (Gerald Dworkin, the law relating to organ transplantation in England , The Modern Law Review, volume (33), n°(4) July 1970.

جديد لتحديد لحظة الوفاة يضمن احترام الحياة الإنسانية ويحفظ في نفس الوقت القيمة التشريحية للعضو المستأصل⁽¹⁾.

وعلى العكس من ذلك، يرى جانب من الفقه ورجال الطب إلى أن إظهار المعيار التقليدي على هذا النحو إنما ينطوي على محاولة إبراز قصور فيه والمطالبة بتبني معيار الموت الدماغي ، هو بهدف تحقيق أغراض علمية على حساب حق الأفراد في الحياة وسلامة أجسادهم . حقيقة إن كان توقف القلب والجهاز التنفسي هو المعول عليه دائماً في تقرير الوفاة ، إلا أنه يجب التثبت من توقف باقي أعضاء الجسم وأجهزته عن أداء وظائفها الحيوية وذلك بصفة نهائية وتامة، الأمر الذي يؤكد غالبية شراح القانون الجنائي عند بيان التعريف القانوني للموت بوصفه أحد عناصر الركن المادي في جرائم القتل⁽²⁾.

المطلب الثاني

المعيار الحديث للوفاة (الموت الدماغي)

طبقاً لهذا المعيار يعتبر الشخص ميتاً متى ماتت خلايا مخه بصفة نهائية. فالطب الحديث يعتبر أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية ، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وإلى حياته الطبيعية . وقد استقر رأي الأطباء في الوقت الحاضر على أن موت خلايا المخ La mort des cellules cérébrales ، الذي يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم ، هو الحد الفاصل بين الحياة والموت⁽³⁾.

فتنفس الشخص أو نبض القلب في حالة استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي ليس إلا مظهراً للحياة الصناعية وليس دليلاً على حياة الإنسان فأياً كانت الوسائل العلاجية المستخدمة لإطالة فترة الحياة الصناعية فهذا لن يؤدي إلى

¹- أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، ص 172 و 173 .

²- حسنين ابراهيم عبيد ، الوجيز في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 31.

³- احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص 174 و 175 .

عودة الحياة مرة أخرى عندما تتوقف وظائف المخ نهائياً ولا يمكن الرجوع فيه أو مواجهته بأي أسلوب علاجي حتى الآن.⁽¹⁾

ومن أوائل التقارير التي أكدت على ذلك ما قدمته اللجنة المشكلة في المدرسة الطبية بهارفارد Harvard Medical School عام 1968. وقد جاء فيه: "الطبيب يستطيع أن يعلن وفاة الشخص عندما يتوقف نشاط الجهاز العصبي مما يسمح بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي. والمريض في هذه الحالة لا يستجيب لأيّة منبهات ولو كانت شديدة الجسامة. وانعدام الحركة أو الاستقبال أو الاستجابة أو ردود الأفعال تثبت من خلال الاختبارات التي يجب أن يتكرر إجراؤها خلال 24 ساعة قبل الانتهاء إلى قرار في هذا الشأن.⁽²⁾

وهكذا أصبح الموت يمتد عبر مراحل الأجزاء المختلفة للجسم بدون أي ترتيب معين، وأصبحت الموت ظاهرة أكثر تعقيداً وأصبحت مسألة الحدود الفاصلة بين الحياة والموت تطرح بالحاح كلما تطورت عمليات زرع الأعضاء ، وأصبح الآن لدينا أنواع من الموت ، إن صح هذا التعبير ، الموت الظاهري ، والغيوبية الطويلة والغيوبية المتجاوزة وغيرها من المسميات . ولتوضيح ذلك سنحاول تحديد هذه المفاهيم فيما يلي :

أولاً: الموت الظاهري: La mort apparente:

في هذه الحالة يكون الجسم في حالة موت من حيث الظاهر، غير أنه قابل للعودة للحياة. ويعرفه الأستاذ فيغور و Vigouroux ، بأنه "الاختفاء المؤقت لمعايير الحياة الأساسية كالتنفس ونبض وخفقان القلب والضغط الدموي عند شخص لا

1- محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 225 .

2- انظر : محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص 226 (نقله عن رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف في أعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول، والمجلد الرابع عشر، مارس 1971، ص 17.

يزال على قيد الحياة وإن كان يأخذ شكل الموت⁽¹⁾. فتوقف دوران الدم والتنفس هي علامات بديهية للموت ولكنها ليست مطلقة، لأنها تقبل الرجوع إلى الحياة. لهذا فإن اقتطاع عضو من مريض في حالة موت ظاهري يوازي قتله .

ثانياً: الغيبوبة Le coma

هي عبارة عن فقدان الشعور أو الأحاسيس الخارجية ، ويعبر مبدئياً ، عن ضرر يصيب الجهاز العصبي ويتمثل بحدوث اضطرابات في الوعي عند شخص يبقى محتفظاً بالحياة الإنبائية La vie végétative التي تبقى مؤمنة بواسطة الأعضاء الحيوية الأساسية لكل حياة كالتنفس وضغط الدم ، في حين تخفى حياة الاتصالات التي يحكمها الدماغ كالحركة والشعور واليقظة⁽²⁾ . ويمكن التمييز بين نوعين من الغيبوبة :

(أ) - الغيبوبة الطويلة Le coma prolongé

تعتبر المريض في غيبوبة طويلة عندما تتجاوز مدة غيبوبته الثلاثة أسابيع ، ولا يصدر عنه أي دليل على الوعي، ولكن يمكن أن يعود إلى حالة الوعي ولو تجاوز عدة شهور ، وخلال هذه الفترة يبقى المريض محتفظاً بحياته الإعاشية التي تتميز بالتنفس ودوران الدم والتنظيم الحراري⁽³⁾ . إذاً لا يمكن أن يكون المريض في الغيبوبة الطويلة محلاً لاقتطاع عضو منه لأنه لا يمكن الجزم بشكل قطعي عدم رجوع هذه الحالة إلى الحياة.

(ب) - الغيبوبة المتجاوزة Le coma dépassé

¹ - Ahmed Abduldayem, op.cit. p.259 et 260

- ورجاء ناجي مكاوي ، المرجع السابق ، ص 147
² - انظر : محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 243 ، و احمد شوقي عمر ابو خطرة ، المرجع السابق ، ص 147، و مؤلف :

- Abdelhafid OSSOUKINE , L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale, op.cit. p.87

³ - ما زلنا نذكر حالة كارين آن كيلن Karen AnnbQuinla الأمريكية سنة 1976 التي دخلت في غيبوبة امتدت عدة شهور ، وكانت تعيش حياة نباتية فقط واقتصرت فقط على رد فعل محدود للجهاز العصبي بدون أي علامة وعي . وعندما شاهد والديها علامات الموت عليها طلبوا من الأطباء وقف جهاز الإنعاش ، فرفضوا ذلك ، فلجأ الوالدين إلى المحكمة العليا في نيويورك في مارس 1976 الذي وافق الوالدين على الطلب . فتم عندئذ إيقاف جهاز الإنعاش على مراحل وإذ بكارين تننفس طبيعياً ولت تعد تحصل إلا على غذاء مركز ، ماء ، صوديوم ، بوتاسيوم وحقن مضادة حيوية لحمايتها من أمراض محتملة

(Cité par : Ahmed Abduldayem, op.cit. p.261)

وتبدأ هذه الحالة بمجرد أن تشرع خلايا الدماغ في التوقف وتفقد الوظائف العضوية اتساقها، حتى ولو أمكن الإبقاء على تنفسه ودورته الدموية بأساليب الإنعاش الصناعي. وتحدث هذه الحالة عادة عند الأشخاص الذين يتعرضون لرضوض شديدة في الجمجمة أو اعتداء ، أو رصاصة في الرأس ، أو لانقطاع الأوعية داخل الدماغ ويتجلى تخريب الدماغ برسم موجات مستوية Electro-encéphalographique plat . في هذه الحالة لا يستمر بقاء الأعضاء حية إلا عدة ساعات، لأن عدم رجوع الجهاز العصبي المركزي للحياة يؤدي لإصابة كل الحركات المنظمة للجسم بالخلل وينتهي القلب نفسه بالتوقف، وتختلف مدة الغيبوبة المتجاوزة ، وتتجاوز استثناءً الخمسة أيام⁽¹⁾.

نشير إلى أن هناك نوع ثالث يسمى بالغيبوبة التسممية Coma barbiturique وتتجم عادة عن وجود مواد مخدرة أو سامة في الجسم (2). وبهذا نكون قد وصلنا إلى موت الدماغ ويسمى أيضاً بالموت المطلق La mort absolu . فبناء على ما سبق ، فإنه وفقاً لمعيار الموت الدماغي، يعد الشخص ميتاً إذا ما أصيبت خلايا الدماغ بتلف أدى إلى توقف وظائف المخ توقفاً نهائياً لا رجعة فيه. ولا يؤثر وفقاً لهذا المعيار وجود بعض مظاهر الحياة في جسمه كاستمرار نبض القلب والتنفس عن طريق أجهزة الإنعاش الصناعي ، لأن العبرة دائماً هي بموت خلايا جدع المخ بشكل لا يمكن أن تعود معه إلى الحياة ثانية ولا يمكن للشخص المصاب بالموت الدماغي أن يستفيق من غيبوبته التي لا رجعة فيها⁽³⁾ وهو ما يطلق عليها بالغيبوبة المتجاوزة كما أشرنا إلى ذلك .

¹ - انظر : رجاء ناجي مكاوي ، المرجع السابق ، ص 148 ، محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 235 .
-Ahmed Abduldayem, op.cit. p 261 & 262.

² - رجاء ناجي مكاوي ، المرجع نفسه ، ص 148 .
³ - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 173 و 174 .

المطلب الثالث

حدود الإنعاش الصناعي

لقد أصبح واضحاً أن تبنى معيار الموت الدماغي هو بهدف تمهيد الطريق أمام ممارسات طبية حديثة بكافة أنواعها ومنها بشكل خاص ما تعلق بنقل وزراعة الأعضاء، الأمر الذي سيؤدي بلا شك إلى تضيق نطاق الحماية القانونية للجسم البشري والحياة ، إذ الجسم سوف يتحول إلى جثة غير مشمولة بالحماية القانونية اللازمة، وذلك بمجرد توقف المخ عن العمل ولو كان سائر أعضاء الجسم لا تزال تؤدي وظائفها بشكل طبيعي . غير أنه بفضل الاكتشافات التقنية الطبية الحديثة توفرت وسائل وأجهزة وأدوات متطورة، تسمى " الإنعاش الصناعي " . بعضها يفيد في إنعاش القلب بعد توقفه، وبعضها يقوم بوظيفة التنفس بدلاً من الرئتين في حال فشل التنفس، بحيث أنه في بعض الأحيان، يمكن أن يسترد الإنسان وعيه كاملاً. والسؤال الذي يثور بهذا الخصوص هل امتناع الطبيب عن إنعاش المريض أو إيقاف جهاز الإنعاش الإصطناعي عن المريض يعد الطبيب المعالج مرتكباً لجريمة قتل إذا ما قام بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض الذي توقف قلبه وجهازه التنفسي غير أن خلايا المخ ما زالت حية أو امتناعاً عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر؟ وما الحكم عند امتناع الطبيب في استعمالها؟. ومن جهة أخرى هل يعد إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي من قبيل القتل إشفاقاً؟ ثم ما هي الضوابط والقيود القانونية والشرعية لمن هو في غيبوبة دائمة غير قابلة للعلاج عندما يكون مرشحاً لاقتطاع أعضاء أو أنسجة منه؟. فهذه أسئلة وغيرها غاية في الأهمية، والإجابة عليها لا تخلو من التعقيد والمسؤولية، وعليها تعلق آثار لا حدود لها ، وسنحاول فيما يلي الإجابة على هذه التساؤلات في النقاط التالية :

أولاً : تعريف الإنعاش الصناعي:

يعرف الإنعاش La réanimation بأنه : "هو عودة النشاط بعد الفتور، أو إعادة الوظائف الحيوية في الجسم لمباشرة عملها من جديد بعد أن تكون قد توقفت

أو على وشك التوقف ، وهذا التوقف يحصل إما بسبب المرض أو بسبب بعض الحوادث التي تصيب المراكز الحيوية بعطب مؤقت" (1).

ثانياً: الامتناع عن استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي :

الفرض هنا أن الخطر يتهدد إنسان، وإن كانت حياته مهددة، إلا أنه ما زال على قيد الحياة أو يعتبر قانوناً أنه كذلك. فقد يدخل الشخص في غيبوبة ويفقد الإحساس والشعور، ولكنه يظل مع ذلك محتفظاً بحياة عضوية ، ويمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل نبذبات معلناً عن وجود حياة مخية .

ما هو معلوم أن المدة الزمنية بين توقف القلب والرئتان عن العمل، وموت المخ ، لا تستغرق غير بضع دقائق ، وفي هذه الفترة القصيرة يعد الإنسان من الأحياء ويتعين أنقاده حتى لا تموت خلايا مخه، نظراً لسرعة تلفها وعدم قدرتها على التجدد كما هو الشأن بالنسبة لباقي خلايا الجسم الأخرى . في هذه الحالة يقع على عاتق الطبيب واجب إنعاش المريض، لإنقاذه حتى لا تموت خلايا مخه. فهل امتناع الطبيب عن إنعاش المريض صناعياً في هذه الحالة يشكل جريمة قتل ؟. نقول بأن عدم قيام الطبيب المعالج أو اختصاصي الإنعاش بذلك يعد شرعاً وقانوناً امتناع عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر ، وهي جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " ... ويعاقب بالعقوبة نفسها (الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين) كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن يكون هناك خطورة عليه أو على الغير " . يتضح من هذه المادة أنه لقيام جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة يجب توافر ركنين مادي ومعنوي :

¹ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 123.

« Ensemble des moyens mis en œuvre soit pour palier la défaillance aiguë d'une ou plusieurs fonctions vitales, dans l'attente de la guérison » Abdelhafid ossoukine , *L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale* , op.cit.p.347.

- الركن المادي: ويتحقق في وجود شخص في خطر وأن يكون هذا الخطر حالاً.

- الركن المعنوي: ويتمثل في توافر ركن العلم والإرادة لدى المتهم ، أي أن يكون عالماً بوجود شخص في خطر ويمتنع عمداً عن تقديم المساعدة له . وبناءً عليه، يعتبر المريض - المهدد بموت أكيد وحال - في خطر مما يتعين على الطبيب تقديم المساعدة له، قدر المستطاع، حتى وفاته. فيجب عليه أن يقوم بتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي عليه واستمرار عملها متى وجدت فرصة حقيقية لبقاء المريض على قيد الحياة. فإن امتنع فإنه يسأل جنائياً عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقاً للمادة 182 من قانون العقوبات.

ويصنف فقهاء القانون الجنائي هذا النوع من الجرائم بالجرائم الإيجابية التي ترتكب بالترك أو الامتناع. وتطبيقاً على الحالة التي نحن بصددنا ، فإن الطبيب الذي يمتنع عن استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لمريض لم تمت خلايا مخه وإن توقف قلبه وورثته عن العمل يعد قاتلاً عمداً بالامتناع أو الترك ، ذلك لأن الشخص ما زال على قيد الحياة رغم توقف قلبه ورثته.

نشير إلى أن مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية في المادتين 7 و 9 ،توجب على الطبيب المعالج تقديم المساعدة للمريض والتخفيف من معاناته ضمن احترام كرامته الإنسانية ، وأن يقوم بإسعاف أي مريض يواجه خطراً وشيكاً حتى آخر لحظة ، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له .⁽¹⁾

وجاء في توصيات الندوة المنظمة للإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثانية سنة 1985، التي خصصتها لموضوع " الحياة الإنسانية " وندوتها التاسعة لموضوع " التعريف الطبي للموت " سنة 1996، بأن ما اتفق عليه الأطباء والفقهاء المشاركون هو أن توقف القلب حالة مرضية يمكن إسعافها. وقد جاء في توصية ندوة 1985 أنه : "إن أياً من الأعضاء أو الوظائف الرئيسية الأخرى كالقلب

¹ - المرسوم التنفيذي 92 -276 مؤرخ في 6 جويلية 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقية الطب (ج.ر. رقم 52)

والتنفس قد يتوقف مؤقتاً، ولكن يمكن إسعافه واستنقاذ عدد من المرضى ما دام جدع المخ حياً .

ثالثاً: إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وجريمة القتل إشفافاً

لا خلاف في أن إيقاف الإنعاش الصناعي عن شخص توقف قلبه وجهازه التنفسي، غير أن خلايا مخه ما زالت حية ، أي يعتبر حياً من الناحية الطبية والقانونية، يعد جريمة قتل عمدية . غير أن الصعوبة تكمن عندما تتوقف خلايا المراكز العليا للجهاز العصبي ، حيث استقر رأي الأطباء في الوقت الحاضر على أن موت خلايا المخ La mort des cellules cérébrales ، الذي يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم ، هو الحد الفاصل بين الحياة والموت .

إذا فموت خلايا المخ هو المعيار الحقيقي لموت الإنسان. وبالتالي فإن إيقاف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي لا يعد ، في هذه الحالة ، جريمة قتل إشفافاً، لأنه متى ماتت خلايا المخ تنتهي الحياة الإنسانية ومن ثم تستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وحالته الطبيعية .فهو شخص ميت بالفعل .وما يفعله الإنعاش الصناعي هو مجرد إطالة حياته العضوية بطريقة صناعية ليس إلا. وعلى ذلك لا يعد في نظر القانون أو الشرع قتلاً عمداً أو خطأً أو حتى امتناع عن مساعدة شخص في حالة خطر .

كما أنه ليس في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي بالنسبة لمن مات مخه، ما يشكل جريمة أخلاقية. ذلك أنه لا يقبل الاستمرار في المحافظة على حياة عضوية صناعية مجردة من كل فائدة، وربما يكون من المرضى من هو في أشد الحاجة إليها لإنقاذ حياتهم⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يمنع من أن بعض الأطباء يسيطر عليهم القلق فيما إذا كان قرار إيقاف أجهزة الإنعاش لن يكون مصدراً لمساءلتهم بممارسة القتل الرحيم L'euthanasie. الحقيقة أن مفهوم القتل الرحم أو القتل إشفافاً هو " وضع حد لحياة

¹ - أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص 177.

مريض لا يرجى شفاؤه، وبهدف تخليصه من آلامه المبرحة" (1). فهذا النوع من القتل يفترض وجود حياة إنسانية طبيعية تسبب لصاحبها آلاماً لا تحتمل، ويوضع حد لهذه الآلام بقتل المريض. فهذان العنصران غير متوفرين في حالة إيقاف أجهزة الإنعاش، حيث أن الشخص يوجد في حالة غيبوبة طويلة وليس له أي أمل في الشفاء، لأنه لا يوجد هناك أي حياة، والمعاناة العنصر الثاني للقتل الرحيم غير متوفرة هنا لأن الشخص في هذه الغيبوبة المتجاوزة يفقد رد الفعل الانعكاسي (2).

المبحث الثاني

الموقف الشرعي والقانوني من تحديد لحظة الوفاة

مفهوم الموت وتحديد لحظة حدوثه أمر تتنازعه عدة اعتبارات علمية وقانونية وأخلاقية وشرعية. فالوفاة بالنسبة للطبيب هي واقعة بيولوجية تحدث على مراحل متعددة، وهي بالنسبة لرجل القانون حدث فجائي يرتب آثاراً قانونية على جانب كبير من الأهمية، أما من الناحية الشرعية فهي عبارات عن صعود الروح إلى خالقها ويترتب على وقوعها أحكاماً تعبدية كتغسيل الميت ودفنه وأخرى تتعلق بالإرث والوصية والديون، وعدة الزوجة وغيرها. وترتيباً على ما سبق، وبعد أن تعرضنا لمسألة تحديد لحظة الوفاة من الناحية العلمية والطبية، سنحاول الوقوف على رأي كل من رجال الشريعة والقانون من مسألة تحديد لحظة الوفاة وذلك في مطلبين، نخصص الأول لموقف الشرعي، والثاني لموقف التشريعات الوضعية من المسألة.

المطلب الأول

الموقف الشرعي من تحديد لحظة الوفاة

تقرر معظم الأديان والفلسفات أن موت الإنسان هو خروج الروح من بدنه ومغادرتها إلى حيث لا نعلم. ويعتقد البوذيون والهنادكة والشنتو أن الروح تظل

¹ - احمد شوقي عمر ابو خطوة، المرجع السابق، ص 186.

² - Ahmed Abduldayem, op.cit. p.270

حبيسة في الجسد وبالذات في الجمجمة، وأنها لا تتطلق إلا بعد حرق الجثة وانفجار الجمجمة. ثم إن الهندوك والبوذيين يعتقدون بتناسخ الأرواح، وأن الروح الشريرة تعاد في جسد حقير مثل الكلب والخنزير ... وأن الروح الصالحة الخيرة تظل تنتقل من الأجساد الخيرة حتى تصل إلى مرحلة النرقانا وهي السعادة الأبدية⁽¹⁾. أما المفهوم الإغريقي والمفهوم اليهودي-المسيحي، هو أن لكل إنسان روحه الخاصة به، وأن الموت هو خروج الروح من البدن ومفارقتها له... وأن الروح خالدة أبدية⁽²⁾.

والإسلام يعتبر الموت خروج الروح من الجسد ، وقد وكل الله ملائكة يقومون بإخراج الروح، مصداقاً لقول تعالى {الَّذِينَ تَتَوَقَّأَهُمُ الْمَلَائِكَةُ طَيِّبِينَ يَقُولُونَ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ} (3) وقوله أيضاً {قُلْ يَتَوَقَّأَكُم مَلَائِكُ الْمَوْتِ الَّتِي وَكَّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ} (4) ، وهناك الآيات الكثيرة في الموضوع وكلها تصرح بأن الموت هو خروج النفس(الروح) من الجسد بواسطة الملائكة. قال الغزالي في الإحياء : " إن الموت معناه تغير حال فقط ، وأن الروح باقية بعد مفارقة الجسد ، إما معذبة وإما منعمة ، ومعنى مفارقتها للجسد انقطاع تصرفها عنه بخروج الجسد عن طاعتها ، فإن الأعضاء آلات للروح تستعملها حتى أنها لتبطنش باليد وتسمع بالأذن وتبصر بالعين وتعلم حقيقة الأشياء ... والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها... إلى أن قال " لا يمكن كشف الغطاء عن كنه الموت ، إذ لا يعرف الموت من لا يعرف الحياة" (5).

1- محمد زهير أحمد السباعي ، محمد علي البار ، الطبيب آدابه وفقهه ، المرجع السابق ، ص 183 و184 .

2- محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 17 .

3- النحل ، الآية 32

4- السجدة ، الآية 11

5- محمد بن محمد الغزالي (أبو حامد) ، إحياء علوم الدين ، الجزء الثالث ، الباب السابع في حقيقة الموت وما يلقاه الميت في القبر إلى نفخة الصور ، دار إحياء الكتب العربية ، (دبت) ص 478

واستدل الفقهاء على الموت ببعض الإشارات والأحاديث النبوية الشريفة ،
منها⁽¹⁾ :

(أ) عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : " إن الروح إذا قبض اتبعه البصر " [أخرجه مسلم]

(ب) عن شداد بن أوس يرفعه : " إذا حضرتم موتاكم فأغمضوا البصر ، فإن البصر يتبع الروح . وقولوا خيراً ، فإنه يؤمن على ما يقول أهل الميت " [أخرجه أحمد في مسنده] . فشخص بصر الميت علامة هامة على قبض روح الميت ومفارقتها لجسده . وقد ذكر الفقهاء علامات الموت عنهم وهي : انقطاع النفس ، واسترخاء القدمين ، وعدم انتصابهما ، وانخساف الصدغين ، وبرودة البدن وغيرها من العلامات . ولاشك أن هذه العلامات غير مؤكدة ما عدا توقف توقف النفس الذي ينبغي أن يستمر لفترة من الزمن .

أما فيما يخص المعيار المعتمد في تحديد لحظة الوفاة فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك ، فمنهم من قال باعتبار الشخص في حكم الميت بمجرد الإعلان عن موت خلايا المخ أي الموت الدماغي ، بينما يرى آخرون بأن الموت لا يتحقق إلا بتوقف الأعضاء الأخرى عن العمل كالقلب والرئتين .

أولاً : الرأي بأن الموت لا يتحقق إلا بموت كامل الأعضاء مع اختلاف بخصوص إيقاف أجهزة الإنعاش .

من هذه الفتاوى ، ما قال به شيخ الأزهر السابق ، جاد الحق علي جاد الحق " أن الإنسان يعتبر ميتاً متى زالت عن جسده ظواهر الحياة وبدأت تلك العلامات القاطعة في حدوث الموت ، ولا يعتبر الإنسان ميتاً بتوقف الحياة في بعض أجزائها ، بل تعتبر كذلك أي ميتاً شرعاً وتترتب آثار الوفاة من تحقق موته كلية ... ويرى بأن عدم استعادة الحياة بعد موت المخ ، رغم بقاء خلايا القلب حية

¹ - جاءت في كتاب ، محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 23 ، نقلاً عن بحث بكر أبو زيد رئيس مجمع الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة 1408 هـ 1987 م ص 451-529)

بفضل استخدام وسائل الإنعاش الصناعي، حسب الاتجاه القائل بذلك، أمر لم يصل إلى الحقيقة العلمية المستقرة⁽¹⁾.

وعند البعض : "فإن أحكام الموت أياً كانت فإنما تترتب على وقوع الفعل التام ، لا على توقعاته مهما كانت يقينية جازمة كما هو حال الموت الدماغي ، وأن حركة القلب ما دامت مستقرة فقرار الموت غيب لا يجوز الحكم به سواء كانت طبيعياً أم اصطناعياً بواسطة هذه الأجهزة ، فإذا تحققت الدلائل الشرعية للموت حكم بموته ، وترتبت عليه أحكامه ، وإلا فإنه لا يزال في الأحياء ، وتظل أحكام الأحياء هي السارية في حقه"⁽²⁾. وهو ما قرره مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العاشرة حيث قرر أن الحكم بموت المريض المنعش لا يكون إلا بتوقف التنفس والقلب ، وقد جاء فيه " المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً بفعل الأجهزة المركبة ، لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توفقاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة "⁽³⁾.

ويرى البعض الآخر : " أن ما يسمى بالموت الدماغي أو الموت الكلينيكي ، قد تم التخطيط له لرفع الحرج عن الأطباء الجراحين المعالجين حتى يتحرروا من العبء الثقيل الذي فرضه عليهم مرضى الغيبوبة العميقة ، وهو يقوم على أخطاء عديدة ومغالطات علمية لانتزاع الأعضاء الحيوية : كالقلب والكبد

1 - شعشوعة محمد شريفة ، الموازنات والمآلات في إيقاف الإنعاش القلبي النوي ، بحث مقدم في مؤتمر قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، 10-12 أبريل 2010 ، المجلد الرابع ، ص 2965 . (وقد نقلته عن الفتاوى الإسلامية ، دار الإفتاء جمهورية مصر العربية ، وزارة الأوقاف والمجلس الإسلامي الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة 1983 ، الجزء 10 ، الصفحة 3714).

2- محمد سعيد رمضان البوطي ، قضايا فقهية معاصرة ، الطبعة الرابعة ، دار الشادي - مكتبة الفارابي ، دمشق ، 1992 ، ص 129.

3 - المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 24 صفر 1408 هـ الموافق 17 أكتوبر 1987 م إلى يوم الأربعاء الموافق 28 صفر 1408 هـ الموافق 21 أكتوبر 1987 م ، الذي خصص لموضوع " حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان .

والرئتين والبنكرياس، من مصابي الحوادث ومرضى الغيبوبة العميقة بأقسام العناية المركزة (1) .

وترتيباً على ما سبق، فإن البعض من أصحاب هذا الاتجاه (2)، يقولون بعدم جواز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض، حتى ولو تقرر موته دماغية، طالما يوجد تنفس وإن كان آلياً فهو دلالة على استمرار الحياة، ولا يتم رفعها حتى يتم توقف القلب والدورة الدموية والتنفس، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- أن حفظ النفس مؤكدة باعتبارها من الضروريات الخمس، قال تعالى

{وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} (3) .

2- القاعدة الفقهية " اليقين لا يزال بالشك " (4) وجه الاستدلال بهذه القاعدة هو أن المتيقن هو بقاء الحياة في المريض بنبض قلبه وبتنفسه ولو آلياً، مما يجعل الموت مشكوك فيه، وبالتالي يؤخذ باليقين حتى يزول الشك بتوقف القلب والتنفس بشكل نهائي .

ثانياً : الرأي الذي يعتمد معيار الموت الدماغي .

الموت الحقيقي للإنسان، في نظر هذا الفريق، إنما يتجسد في موت الجهاز الذي يعتمد عليه عمل المراكز العليا في التنسيق بين وظائف أجهزة الجسم، وأن القرآن الكريم يعبر عن جملة الوجود الجسدي للإنسان بالإشارة إلى هذه المراكز ونجد هذا في قوله تعالى {وَادِّ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَن تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ} (5) . والمقصود بالظهور في الآية الكريمة العمود الفقري لهيكل الإنسان الذي قوام بنيته ومراكز النخاع الشوكي الذي يتحكم في حياة

1- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص

46) منقول عن إبراهيم الجندي، الموت الدماغي، ص 43

2- وقد قال بخلاف ذلك الشيخ البوطي، والمجمع الفقهي الإسلامي، كما سنرى .

3- النساء، الآية 29

4- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ، 1979، ص 50 .

5- الأعراف، الآية 172

الإنسان بتوجيه من المخ (1). كما أن الإدعاء بإعادة الحياة لشخص في حالة غيبوبة نهائية عن طريق الإنعاش الصناعي ، فضلاً عن أنه يخالف الواقع لأنه لا يحي خلايا المخ ، فإنه يخالف أيضاً الحقيقة العقائدية التي تقضى بأن الإحياء والإماتة إنما هي أفعال لا يشارك فيها أحد الله سبحانه وتعالى ﴿وَأِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ﴾ (2) فحقيقة منح الحياة وسلبها وإعادتها هي سنة كونية لا يملك منها الإنسان شيئاً (3).

وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين ، وأيدته قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دوراته ومن ذلك :

▪ - قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان في 16 أكتوبر 1986 . بأن موت الشخص تتحقق، وتترتب عليها جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة إذا تبين في إحدى العلامتين التاليتين:

1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بان هذا التوقف لا رجعة فيه.
2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بان هذا التوقف لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل .

▪ - وفي قرار آخر للمجمع في دورته العاشرة فقد نظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة. وهو ما يعني أخذه بمعيار الموت الدماغي ، بدليل أنه قرر في الدورة نفسها، إيقاف أجهزة الإنعاش عن المريض الذي تعطلت جميع وظائف دماغه نهائياً.

▪ - كما جاء في دورة عمان لمجلس مجمع الفقه الإسلامي سنة 1996 ، في قراره رقم 5 بشأن رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً ما يلي : " يجوز رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة ". وفي توصيات هذه الندوة ذكر رأي أهل الاختصاص من الأطباء في المسألة، وقد جاء فيه " إذا فقد المخ القابلية

1- أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للإعمال الطبية ، الطبعة الثانية ، (د.ط.) ص 169 و 170 .

2- الحجر، الآية 23

3- محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 239 .

للحياة فلا يمكن إصلاحه بعد ذلك ، كما لا يمكن وضع بديل له في الحال أو المآل القريب على الأقل. وعلى هذا فإن موت المخ موتاً كلياً في ظل الظروف الحاضرة يؤدي بالضرورة إلى موت صاحبه . وقد بات ذلك شائعاً ومستقراً في الأوساط الطبية العالمية، ولا يمكن بحال عودة من مات دماغه إلى الحياة في الحاضر أو القريب وربما البعيد طالما تم التشخيص طبقاً للمعايير الفنية الصحيحة، ومن ثم لم تعد أجهزة الإنعاش مفيدة له طبيياً، وإن تسببت في إبقاء بعض وظائفه الرئيسية كالقلب يعمل أياماً قد تصل إلى أسبوعين أو يزيد بقليل (1).

وبهذا الخصوص يقول رمضان البوطي: " أن هذه الأجهزة ومع ما تقدمه من معونة ليست أكثر من غطاء مسدل على المريض يمنع من معرفة واقع حاله أميت هو أم حي ؟ ومن ثم فإن فصل هذه الأجهزة عنه لا يعد قتيلاً له ولا تسبباً بموته مهما ظهر أن هذا الفصل قد ينهي حركة القلب ويعجل بالموت ؛ ذلك لأن الحياة المتبقية ليست تلك التي تنبعث من الأجهزة فتند القلب بالخفقان وتجعل صاحبه كأنه يمارس الشهييق والزفير . ومن ثم فإن للطبيب أو لدوي المريض فصل هذه الأجهزة وإنهاء عملها في الوقت الذي يشاءون (2).

وهكذا، يمكن القول بأن الرأي الراجح الذي استقر عليه أغلب الفقهاء المعاصرون، وقرره مجمع الفقه الإسلامي في دوراته، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندواتها، والمتمثل في اعتماد معيار الموت الدماغى ، وجواز إيقاف أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً .

تقييم معيار موت الدماغ :

رغم الإجماع الحاصل عالمياً حول معيار موت الدماغ ، فإنه ما زال يثير الكثير من الجدل، ويعتبره البعض بأنه مسألة ظنية، وأن الخط المستقيم الذي يفرزه جهاز قياس الدماغ لا يدل موت خلايا المخ ، وإنما فقد على توقفها ، وأن الموت لا يحصل إلا إذا توقف في اتجاه واحد كل من الدورة الدموية والتنفس

¹ - القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية، من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، المرجع السابق ، ص 30 و31 .

² -- محمد سعيد رمضان البوطي ، قضايا فقهية معاصرة ، المرجع السابق ، ص 127- 129 .

وجميع أنشطة الدماغ ، مما فرض على منظمة الصحة العالمية التي تبنت معيار موت الدماغ ، التراجع عنه ، وأعلنت عدم ملائمة تعريف الموت بشكل مجرد ، مفضلة ترك الأمر لأهل الاختصاص من أطباء ومتمرسين بشكل عام ليتخذوا قرار لحظة الوفاة وقد عللت ذلك بأن " الموت عملية تدريجية ، وبأن كل عضو ونسيج قادر على تحمل الحرمان من الأكسجين بشكل متفاوت ، مما يستلزم أن يؤخذ في الاعتبار، لا حالة الخلايا والأنسجة ، وإنما المصير المحتوم لكل شخص على حدة . فالذي يهم ليست اللحظة التي اندثرت فيها خلية أو نسيج ما ، بل من أن التلف المتدرج - وإن كان ما زال في بدايته - فقدره الحتمي والقاطع أن يصبح شاملاً ونهائياً ، مهما كانت تقنيات الإنعاش عالية وفعالة " . وأضافت المنظمة بأنه ليس هناك في الوقت الراهن من تقنية أيا كانت درجة فعاليتها تستطيع الحسم بأن الموت نهائي وقطعي، أفضل من الفحص الكلينيكي الذي يبقى المعول عليه" (1).

وفي السياق نفسه ذهب البعض إلى أنه " من الواضح أن معايير تحديد الوفاة غير مستقر وغير ثابت ويتطور بتطور الطب. وليس هناك حالياً أي معيار مقنع، إضافة إلى تعدد المفاهيم للغيبوبة : غيبوبة عميقة، غيبوبة متجاوزة، غيبوبة طويلة، حياة اصطناعية، موت دماغي، ويبقى في النهاية الطبيب، الذي لا يمكن أن يحل محله أي إجراء تقني آخر " (2)

ومما يؤيد هذا الطرح، هي بعض الحالات التي تثير التحفظ والتردد، ومن ذلك على سبيل المثال⁽³⁾:

■ - حالة الغيبوبة التسممية (Coma toxique ou barbiturique) التي تتجم عادة عن وجود مواد مخدرة أو سامة في الجسم ، بحيث يكون الوضع الكلينيكي قريباً جداً من وضع الميت . ففي هذه الحالة بالذات يجب تجنب اعتماد معيار

¹ - رجاء ناجي مكاي ، المرجع السابق ، ص 150 .

2 - Abdelhafid OSSOUKINE , L'Ethique biomédicale, 2^{ème} édition, OPU, 2007, p159.

³ - رجاء ناجي مكاي ، المرجع السابق ، ص 151

موت الدماغ ، بحيث يجب في هذه الحالة الاستمرار في الإنعاش المكثف وتصفية الدم من تلك المواد لتجاوز الغيبوبة التسممية .

■ - الغيبوبة الناجمة عن نقص الأوكسجين في الدم (L'anoxie) في هذه الحالة لا بد -قبل الجزم بموت الشخص- بذل محاولات قصوى لإنقاذه ، ولا يجوز التصريح بالوفاة إلا بعد إعادة تشغيل جهاز التخطيط لأكثر من مرة.

■ - هناك حالة الموت الدماغي المثبت إلكترونياً بالخط المستقيم ، عندما يتعلق الأمر بأطفال دون الخامس من العمر ، وذلك لسببين : الأول : أن أسباب الغيبوبة تختلف عند الأطفال وبشكل أكثر عند حديثي الولادة ، مقارنة مع البالغين . أما الثاني: أن الجهاز العصبي للطفل يملك قدرة عالية على استعادة طاقته ونشاطه أكثر من البالغين.

ومما يدل على أن الجهود ما زالت مستمرة لتطويع هذه العضلة ، ما صرح به فريق طبي ياباني عن إمكانية تمديد إعاشة الميت دماغياً بحقنه بمزيج مادتي الأدرينالين (Adrenaline) الفازوبريسين (Vaspressine ou ADH). بما يعنى أنه لو تطورت هذه الوسائل فالشك لن يراود تشخيص الموت فقط وإنما تعريفه أيضاً ⁽¹⁾. ونخلص إلى القول إلى ما جاء على لسان رئيس المنظمة العالمية للصحة في اجتماع سيدناي أنه : " من العبث تعريف الموت ، تعريفٌ قدره أن يُتجاوز لتوه لفعل التقدم المهول للتكنولوجيا " .

المطلب الثاني

موقف الفقه والتشريعات الوضعية من تحديد لحظة الوفاة

حتى وقت قريب كانت ظاهرة الموت تعتبر طبيعية و بسيطة ، أما اليوم فقد أصبحت اليوم مسألة معقدة وصعبة ، من هنا ظهرت مشكلة تعريف الموت وذلك بظهور تصور جديد للموت ويتمثل في أنها ليست ظاهرة فورية وإنما تصيب الأعضاء على مراحل ، وتباينت التصورات والآراء ، وأصبحنا نقول بأن الموت يتحقق بتوقف القلب والجهاز التنفسي، أو بموت الدماغ Mort cérébrale،

¹ - رجاء ناجي مكاي ، المرجع السابق ، ص 153

والموت السريري ، والموت الظاهري إلى غير ذلك . وفي هذا يقول الأستاذ هونبرجار Pr.Hamburger " لم يعد الموت كأنه حادثة وحيدة ، فورية ، يصيب في نفس الوقت كل الوظائف الحيوية للجسم ، وقد امتد الموت تحت تأثير الوسائل العلاجية عبر الوقت وأصبح يتجزأ ويصيب بشكل منفصل ومتلاحق مختلف أجزاء الجسم . فهل يجب علينا قبول تضرر القسم الأخير من الأنسجة نهائياً حتى يمكننا القول أن الجسم قد توقف عن الحياة "(1).

لقد كان للاكتشافات التكنولوجية دور في انبعاث الجدل حول مفهوم الموت، وبالتحديد عندما نجح الطب في إعادة تشغيل القلب والتنفس المتوقفين عن طريق التدليك أو الصدمات الكهربائية وآلات التنفس. ففي مؤتمر روما لسنة 1957 الذي كرس خصيصاً لهذا الموضوع ، أثارت مسألة الغيبوبة المتجاوزة Le coma dépassé التي ابتدعها ونال بها الشهرة الفرنسيان قولون Goulon ، ومولارى Mollaret سنة 1959 . منذ ذلك الحين أصبح التبارى في تعريف دقيق للموت، وهكذا أصبح الموت يقسم إلى ثلاث مراحل : الموت ظاهري ، الموت الإكلينيكي والموت الخلوي (2).

♦ - القانون ومسألة تحديد لحظة الوفاة

القانون لا يعترف بدرجات متفاوتة لموت الإنسان فهو إما حياً أو ميتاً. فالموت ظاهرة بيولوجية، وهو عند القانونيين انتهاء الشخصية القانونية. فالقانون لا يتعرض بشكل مفصل للحظة الموت لأن ذلك هو من اختصاص الطبيب (3). وأياً كان الأمر فقد غدا التصور القانوني للوفاة لا يتفق مع المفهوم الطبي لها. بيد أنه وإن كان ينظر إلى الوفاة إلى عهد قريب على أنها ظاهرة طبيعية وبسيطة ويمكن إدراكها بالحواس العادية، ومن ثم لم تكن بحاجة إلى تعريف قانوني ، فقد غدا هذا التعريف أكثر أهمية في الوقت الحاضر وأكثر إلحاحاً في مواجهة

¹ - Ahmed Abduldayem, L'Ethique biomédicale ,op.cit. p.229.

² - رجاء ناجي مكاوي، المرجع السابق ، ص 147 .

³ - Abdelhafid OSSOUKINE , L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale, OPU,2006,p.270.

الاكتشافات الطبية والبيولوجية وعلى وجه الخصوص في عمليات نقل القلب والتي تستمد مشروعيتها من ضرورة التحقق من وفاة المعطى (1). فالطبيب يلجأ إلى القانون ليعاونه في مثل هذه المسائل التي تثير مساءلته ، ويريد أن يعرف حدود مشروعية أعماله من الناحية القانونية . فدور القانون إذاً هو تحديد ما هو مباح ومحظور بالنسبة للطبيب. لهذا حرصت بعض التشريعات على إصدار نصوص تتضمن تعريفاً للموت نذكر بعضها (2) :

▪- التشريع اليوغسلافي : صدر مرسوم بقانون يوغسلافي في 15 مايو 1982 الخاص بتنظيم عمليات استقطاع الأعضاء لأغراض علاجية . فنصت المادة الثالثة على "... ويجب أن تثبت وفاة الشخص قبل القيام بعملية استقطاع الأعضاء لأغراض علاجية وذلك وفقاً للمعايير الطبية التي تقرر ذلك وأن يثبت بطريقة نهائية توقف المخ والقلب عن أداء وظائفهما " . ويلاحظ أن المشرع اليوغسلافي اعتمد في تعريفه للوفاة بتوقف كل من المخ والقلب عن أداء وظائفهما.

▪- التشريع الإسباني : بموجب المرسوم الملكي رقم 426 في 22 فبراير 1980 ، والخاص بتطبيق القانون رقم 30 الصادر في 27 أكتوبر 1979 والمتعلق باستقطاع الأعضاء لأغراض النقل نص في المادة العاشرة على أنه " ولا يمكن استقطاع الأعضاء الحية من جسم الإنسان المتوفى لاستخدامها في أغراض النقل إلا بعد التأكد من وفاة المخ والملاحظة الفورية للعلامات التالية :

- انعدام أي استجابة مخية وفقدان الإحساس التام .
- انعدام التنفس التلقائي
- انعدام المنعكسات المخية بالتييس العضلي واتساع حدقتي العين .
- عدم تلقي جهاز رسم المخ أي إشارة .

¹ - محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 247 .

² - ذكرها محمد سامي الشوا ، المرجع نفسه ، ص من 252 إلى 256 . (نقلها عن التشريعات الدولية للصحة) .

▪ - التشريع السويسري : يعتبر أن الشخص ميتاً متى توقفت لديه وبصفة نهائية وظائف المخ *Fonctions cérébrales* ، حتى ولو استمر نبض قلبه وتنفسه في العمل بأساليب صناعية . وهكذا أخذ المشرع السويسري بالمعيار الحديث بعد أن ظل يعتمد لفترة من الزمن على المعيار التقليدي الذي يعتد أساساً بتوقف القلب والتنفس عن أداء الوظائف الموكلة إليهما ⁽¹⁾.

▪ - التشريع الفرنسي : جاء في الدراسات المقارنة للتشريع الدولي المعد من قبل الوكالة البيوطبية الفرنسية ⁽²⁾، بأن تعريف الموت غير منصوص عليه في التشريع الفرنسي . غير أنه يتضح من المرسوم رقم 96-1041 المعدل لقانون الصحة العامة ⁽³⁾، بأن المشرع الفرنسي تبنى معيار الموت الدماغي ، حيث نص في المادة الأولى منه على أنه لا يعتبر الشخص ميتاً إلا بتوافر ثلاثة معايير وهي :

- الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم .
 - توقف كافة ردود أفعال الجذع المخي .
 - انقطاع التنفس التلقائي؛ (ويعنى هذا بدون أجهزة التنفس الصناعي).
- وتطلب المرسوم من الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يتثبتوا من موت جذع المخ عن طريق جهاز رسم موجات الدماغ مرتين ، على أن لا تقل المدة الزمنية بين الأول والثاني عن أربع ساعات .

¹ - وقد اعتمد التشريع الأمريكي لولاية تكساس لسنة 1970 ، على هذا المعيار مقررأ أن مركز الحياة في الإنسان هو المخ وليس القلب .

² - Etude comparative de l'encadrement juridique international, op.cit.p6.

³ - Décret n°96-1041 du 2 décembre 1996 , relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes , de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques. et modifiant le code de la santé publique.

- (Art. 1) ...Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents :

1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;
2. Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;
3. Absence totale de ventilation spontanée.

تجدد الإشارة إلى أنه جاء في الدراسة المعدة من قبل الوكالة البيوطبية الفرنسية بأن فرنسا لا ترخص باقتطاع الأعضاء إلا من المانحين من الصنف 1، 2 و 4 ، طبقاً للترتيب الدولي لماستريخ (Maastricht) (1).

- ❖ - أما في تشريعات الدول العربية نجد على سبيل المثال :
 - - التشريع الكويتي لسنة 1989 المتضمن إجراءات نقل الأعضاء البشرية في حالات الوفاة بالمستشفيات التابعة للوزارة ، نص في المادة الأولى منه على أن تتولى اللجنة الطبية بتقرير الوفاة لحالات الموت الدماغي .
 - - التشريع اللبناني : نص على معيار الموت الدماغي في المرسوم الإشتراعي لسنة 1984 ، حيث جاء في المادة الأولى منه " ...يعتبر ميتاً الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف كامل الدماغ بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل. أما المادة الثانية فقد نصت على أن يثبت الموت الدماغي طبيبان على أن يكون أحدهما اختصاصي في الأمراض العصبية .
 - - التشريع السعودي : فقد تبني دليل إجراءات زراعة الأعضاء الصادر عن المركز السعودي (2) لزراعة الأعضاء والمعتمد بموجب قرار وزارة الصحة رقم 29/1/1081 المؤرخ في 1414/6/8 هـ المعيار الحديث للوفاة ، بل وألزم جميع المستشفيات بالمملكة بتكوين لجان داخلية تكون مسؤولة عن حالات موت الدماغ .

¹ -Classification internationale de Maastricht : (Source :Etude comparative de l'encadrement juridique international,op.cit.p6)

- Catégorie I :Arrêt cardiaque survenu en dehors d'un milieu hospitalier(domicile,lieu de travail,voie publique)

- Catégorie II :Arrêt cardiaque en présence de secours qualifiés ,aptes à réalisé un massage cardiaque et une ventilation mécanique efficaces , mais dans la réanimation ne permettra pas une récupération hémodynamique.

- Catégorie III : Arrêt cardiaque survenu chez une personne hospitalisée pour laquelle une décision d'un arrêt des traitements est prise en raison de leur pronostic ;

- Catégorie VI : personne hospitalisée et décédée en état de mort encéphalique, qui fait un arrêt cardiaque irréversible au cours de la prise en charge en réanimation.

² - تتمثل مهام هذا المركز بالتنسيق والمتابعة لجميع حالات موت الدماغ في مختلف مستشفيات المملكة لاستئصال الأعضاء من المتوفين دماغياً لتوزيعها على مراكز زراعة الأعضاء حسب الإجراءات الواردة بالدليل المشار إليه (أنظر : محمد عبد الوهاب الخالي ، المرجع السابق ، ص 245)

▪ أما التشريع الجزائري : فبالرجوع إلى أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها ، المعدل بموجب القانون 90-17 ، لا سيما المواد من 161 إلى 186 الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء ، لا نجد أية تعريف للموت ، أو ما يوحي بالمعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري ، كما فعلت التشريعات المقارنة التي أشرنا إليها ، ما عدا الإشارة في المادة 164 إلى أن إثبات الوفاة يتم وفقاً للمقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة⁽¹⁾ . أما فيما يخص الهيئة المخول لها الحق في إثبات الوفاة ، إذا تعلق بالأمر بانتزاع الأعضاء ، فقد نصت المادة 167 إنشاء لجنة طبية تنشأ خصيصاً في الهيكل الإستشفائي ، والتي من صلاحيتها اتخاذ قرار الانتزاع أو الزرع والإذن بالعملية . أما تثبيت الوفاة فقد أوكلته الفقرة الثالثة من المادة المذكورة لطبيبين على الأقل عضوان في اللجنة المذكورة وطبيب شرعي ، وتدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص ، عندما يكون المتوفى مرشحاً لاستقطاع أنسجة أو أعضاء منه .

من هذا التباين بين التشريعات بخصوص تعريف الموت وتحديد لحظة الوفاة ، يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

1- تباين التشريعات في المعايير التي تعتمدها ، منها من اعتمد معيار توقف القلب والتنفس ، ومنها من اعتمد معيار موت الدماغ ، أمر يدعو إلى الغرابة بحيث يعتبر الشخص ميتاً في دولة وغير ميت في دولة أخرى . كما يلاحظ أن الدول أصبحت تعتمد بشكل متزايد معيار موت الدماغ بما في ذلك الدول الإسلامية كما أشرنا إلى البعض منها .

2- الملفات للنظر بخصوص هذه التشريعات أنها تأتي دائماً في إطار القوانين التي تعالج نقل وزراعة الأعضاء ، مما جعل البعض يعتبر هذا التلازم بين معيار التحقق من لحظة الوفاة وعمليات نقل وزراعة الأعضاء إنما يبرهن على صدق القول القائل بأن الدافع الرئيسي وراء تبني معيار الموت الدماغية إنما يمكن في الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة وبشكل خاص عمليات نقل

¹ - حسب علمنا لم يصدر هذا النص لغاية اليوم .

وزراعة الأعضاء ولو كان ذلك على حساب تهديد حياة الأشخاص المنقول منهم الأعضاء الذين يحكم بموتهم بناء على معيار الموت الدماغي الذي ما زالت تحوم حوله الشكوك وعلامات الاستفهام الكبيرة (1)

3- ما يؤخذ على جل القوانين ، التي عرفت الموت هو تحمسها وتكريسها لنقل وزراعة الأعضاء أكثر بكثير من حرصها على تحفيز هيئات السلك الطبي للتأكد من مصداقية معيار الموت والحرص على تشخيصه ، فالشخص الذي هو تحت الإنعاش ميت أم حي؟ (2) .

الفصل الثاني

شروط إباحة الاستئصال من الجثث

لقد كان من شأن مبدأ " حرمة جثة الميت " و"تقديس الموتى" الأثر الكبير في عرقلة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى ، غير أن مفهوم هذه الحرمة تغير في عصرنا هذا بعد أن ظهرت ما للجنة من قيمة وأهمية لمصلحة الغير، وقد أصبحت عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث واقعا تقره أغلب التشريعات المقارنة ، بل الكثير منها كانت أسبق في تاريخها من تلك التي الصادرة في مجال زرع الأعضاء بين الأحياء ، ومنها على سبيل المثال القانون الإسباني لسنة 1950 ويتعلق أساساً باستعمال الجثة للبحث العلمي ، والإيطالي لسنة 1957 ، والسويدي لسنة 1958 (3) . كما أجازت الفتاوى الفقهية والمجامع الفقهية الإسلامية ذلك .

أما من حيث الشروط والضوابط الواجب توافرها في عمليات الاستئصال من الجثث، فهي لا تتغير عن تلك المطلوبة في نقل الأعضاء من الأحياء إلا فيما يخص إثبات واقعة الوفاة، التي تعرضنا لها في الفصل الأول من هذا الباب. وعليه ، فإذا أصبح المساس بالجثة من أجل اقتطاع أعضاء وأنسجة منها لانقاذ مرضى عملاً مباحاً شرعاً وجائز قانوناً ، فإنه بالمقابل قيدت هذه الإباحة

1 - مهند صلاح أحمد فتحى العزة ، المرجع السابق ، ص 55 .

2 - رجاء ناجي مكاوى ، المرجع السابق ، ص 156 .

3 - حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 160 .

بشروط وتتمثل في موافقة الميت قبل وفاته ، وفي حالة تعذر ذلك فقد نهجت التشريعات مسالك مختلفة فمنهم من تطلب موافقة الأقارب ، بينما تشريعات أخرى أخذت بما يسمى بالموافقة المفترضة . هذا ما سنستعرضه في مباحث ثلاث ، نخصص الأول للموافقة الصريحة أو المفترضة للمتوفى ، والثاني انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب ، و الثالث لشروط الاستئصال من جثث الموتى ، مبينين خلال كل ذلك الموفق الذي اتخذته القانون الطبي الجزائري من هذه المسائل .

المبحث الأول

الموافقة الصريحة أو المفترضة للشخص قبل وفاته

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإيصال بالجثة أو بجزء منها جائز شرعاً. كما نصت أغلب التشريعات الوضعية التي نظمت عمليات نقل وغرس الأعضاء من جثث الموتى على ضرورة أن يكون المتوفى قد أوصى في حياته باقتطاع جزء أو أجزاء من جسده بعد الوفاة ، غير أن البعض منها أخذ بمبدأ آخر يقوم على افتراض رضا المتوفى أثناء حياته ما لم يصدر اعتراض منه أثناء حياته ، وظهر اتجاه آخر يتجاهل كل ذلك وينادي بالاستئصال للمنفعة العامة أو ما يطلق عليه " الاستئصال القسري " . لذلك قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نخصص الأول لحكم الإيصال بالجثة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، والثاني موقف التشريعات المقارنة ، والثالث نتعرض فيه لموقف منظمة الصحة العالمية القاضي باشتراط الموافقة المسبقة أو اللاحقة في عمليات استئصال الأعضاء من الجثث .

المطلب الأول

حكم الإيصال بالجثة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

نشير في البداية إلى أن جل فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا للإنسان أن يوصي بجثته للأغراض العلمية أو الطبية ، ومن ذلك ما قال به يوسف

القرضاوي : " الذي يتضح لي، أنه إذا جاز له التبرع بذلك في حياته، مع احتمال أن يتضرر بذلك - وإن كان احتمالاً مرجوحاً - فلا مانع أن يوصي بذلك بعد موته، إذا أصابته حادثة قدر فيها انتهاء أجله، فتؤخذ منه الأعضاء الصالحة للنقل، مثل القلب والكبد والكلية والرئتين والقرنية ونحوها، مما قرر الأطباء نفعه للغير. فهذا مشروع ومطلوب؛ لأن في ذلك منفعة خالصة للغير، دون احتمال أي ضرر عليه، فإن سنة الله في هذه الأعضاء أن تتحلل بعد أيام ويأكلها التراب، فإذا أوصى ببذلها للغير قربة إلى الله تعالى، فهو مثاب ومأجور على نيته وعمله، ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك، والأصل الإباحة إلا ما منع منه دليل صحيح صريح، ولم يوجد ... وكل ما يمكن وضعه هنا من قيد هو: ألا يكون التبرع بالجسم كله، أو بأكثره أو بما دون ذلك، مما يتنافى مع ما هو مقرر للميت من أحكام، من وجوب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه، ودفنه في مقابر المسلمينالخ، والتبرع ببعض الأعضاء لا يتنافى مع شيء من ذلك بيقين، ما دام الجسد الذي يغسل ويكفن ويدفن..موجوداً. وفي رده على من يقول بأن هذا الأمر لم يفعله السلف قال: " فما قاله بعضهم من أن هذا أمر لم يفعله سلفنا الصالح رضي الله عنهم، فكيف نقدم عليه نحن مخالفين لهم؟ .. فهذا صحيح لو ظهرت لهم حاجة إلى هذا الأمر، وقدروا عليه، ولم يفعلوه، بل امتنعوا عنه امتثالاً لأمر الدين. وكثير من الأعمال التي نمارسها اليوم لم يفعلها السلف، لأنها لم تكن في زمنهم. ولم تخطر ببالهم. وكل زمن له حاجاته وقدراته ومطالبه. والفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف والحال، كما قرر ذلك المحققون"(1).

وعن اشتراط الإذن لنقل العضو بعد الوفاة قال البعض " أما اشتراط إذنه وموافقته فلأنه صاحب الحق - بعد الله تعالى - في جسده وأعضائه فلا بد من

¹- يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 47.

صدر إذن لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير إلا بإذنه⁽¹⁾. وجاء في فقه النوازل ما يلي " وشرط إذنه أو إذن ورثته ، لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع لا ينتهك إلا بإذنه ، فهو حق موروث كالحق في المطالبة من المورث في حد قاذفه ، ولذا فإن الإذن هو إيثار منه أو من مالكة الوارث (أي مالك الحق) لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمة بعد موته في حدود ما أذن به . ولذا صح ولزم شرط الإذن منه قبل موته أو ورثته جميعاً ... أما إذا فات هذا الشرط ولم يتحقق بإذنه أو إذن جميع ورثته بأن أذن بعضهم دون البعض فلا يجوز انتزاع عضو منه ويعد هتك تعسفي للحق وحرمة الرعاية له " ⁽²⁾.

كما أقر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة ، الذي خصصه لموضوع " انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا " ، حيث جاء في قراره " يجوز نقل عضو ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له".

المطلب الثاني

شروط وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى في التشريعات المقارنة

اختلف التشريعات المقارنة بخصوص مسألة احترام إرادة المتوفى فتنبت مبدأ ضرورة احترام إرادة المتوفى أثناء حياته ، ولما اتضح أن الاعتماد على التبرع بالأعضاء لا يكفي لتغطية العجز المتزايد لتلبية احتياجات المرضى الذين هم في حاجة إلى أعضاء بشرية ، بدأت تُدخل الاستثناء تلو الآخر على هذا

¹ - رسالة ماجستير " الانتفاع بأجزاء الأدمي في الفقه الإسلامي " لعصمت الله عناية الله ، جامعة أم القرى ، 1408 هـ ص 157، 158 (نقلاً من مؤلف : محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، المرجع السابق، ص 174)

² - بكر أبو زيد ، فقه النوازل ، مكتبة الصديق ، الطائف ، 1988 ، المجلد الثاني ص 44 إلى 46 (نقلاً من مؤلف : محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، المرجع السابق، ص 174)

المبدأ وظهرت مصطلحات جديدة : الرضا المفترض للمتوفى ما لم يصدر اعتراض منه أثناء حياته ،والاستئصال لضرورة المنفعة العامة " الاستئصال القسري" وغيرها.

1- الرضا الصريح للمتوفى :

«- نشير في البداية إلى أن شروط وشكل التعبير عن إرادة المتوفى في التشريعات المقارنة ، لا يختلف عن ما يشترط في التبرع بأعضاء من الجسم بين الأحياء ، الذي بيناه في الباب الأول من هذا القسم ، من حيث أنه لا بد أن يكون الموصى بالغاً سن الرشد ، أي تتوفر فيه أهلية الإيصاء ، وأن يكون رضاه حراً ، فلا يعتد بالرضا الصادر عن المكره أو أي الواقع تحت ضغط أيا كان نوعه ، كالوعد بمال ، أو الحصول على منفعة معينة مقابل التنازل عن أحد أعضائه بعد موته .

وبينما استلزمت بعض التشريعات شكلية معينة للتعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته ، فإن البعض الآخر لم يشترط ذلك، بينما عمدت أخرى إلى عدم اشتراط الشكل الإيصائي لأنها تعتبر ذلك من شأنه أن ينقص عدد المتبرعين .

- فالتشريعات التي استلزمت الاعتداد بإرادة المتوفى المعبر عنها بأي شكل من أشكال التعبير نجد من بينها :التشريع الإسباني الصادر بموجب المرسوم الملكي سنة 1981 ، والذي نص على إمكانية الشخص للتعبير عن إرادته سواء بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة .كما يستطيع أن يحدد أعضاء بذاتها تكون محل الاستقطاع، وله أن يحدد أغراض هذه العملية كأن تكون علاجية أو علمية . كما نص على ذلك التشريع الألماني لسنة 1975 على جواز التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته بأي وسيلة (1) .

- أما التشريعات التي استلزمت أن تكون إرادة المتوفى بالاستقطاع من جثته محررة في شكل وصية مكتوبة منها على سبيل المثال :

¹ - محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 344.

▪ - التشريع المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون .
فقد نصت لمادة الثالثة منه على أنه في حالة حصول البنوك على العيون من الذين يوصون بها أو يتبرعون بها ، فيجب أن يكون ذلك بموجب إقرار كتابي من المتبرعين أو الموصين وهم كاملوا الأهلية .

▪ - القانون الكويتي رقم 30 لسنة 1972 الخاص بإنشاء بنك العيون، نص على أنه عند الحصول عليها من متوفين فلا بد أن تكون بإقرار كتابي من الموصين على شرط أن يكونوا كاملي الأهلية. والأحكام نفسها جاءت في المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم 7 لسنة 1983 المنظم لعمليات زرع الكلى .
وأضاف القرار الوزاري رقم 465 لسنة 1983 المحدد للمراكز الطبية التي تجرى فيها عمليات زرع الكلى أن يكون المتوفى قد أوصى بكليته بموجب إقرار كتابي موقع منه وشاهدين ومعتمد من رئيس قسم زراعة الأعضاء أو من ينوب عنه ، وفي غير حالات الوصية يجب الحصول على موافقة كتابية من أقرب الأقارب الموجودين للمتوفى وفقاً لترتيب حددته الفقرة الثالثة من المادة الرابعة (1).

▪ - التشريع اللبناني: فقد نصت المادة الثانية من المرسوم الإشتراعي اللبناني المتعلق بأخذ الأنسجة البشرية لحاجيات طبية وعلمية الصادر برقم 109 لسنة 1983 على أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك بموجب وصية منظمة حسب الأصول أو بأي وثيقة خطية أخرى ثابتة (2).

▪ - التشريع الجزائري : قبل التعرض إلى الشكل الذي تتخذه الوصية بالجنة أو جزء منها في التشريع الجزائري ، فإن الأمر يقتضى التعرض إلى القواعد العامة للوصية المنصوص عليها في الكتاب الرابع من قانون الأسرة ،

¹ - جاء في القانون الأساسي للجمعية الكويتية لزراعة الأعضاء التي تأسست سنة 1984 على أن من أهداف الجمعية حث المواطنين على التبرع والوصية بأعضاء الجسم لعلاج المرضى وفقاً أحكام القوانين والأنظمة المرعية في البلاد مع إبراز رأي الدين والقانون في هذه المسألة.

² - كما نص التشريع التونسي على ذلك في المادة الثالثة من القانون رقم 31 المؤرخ في 23 أوت 1972 المتضمن نقل وغرس جسم الإنسان على أنه يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمرضى بحاجة إليها وذلك في إحدى المجالات التالية : وذكر من بينها وصية المتوفى بإجراء ذلك .

لنرى مدى انطباقها على الوصية بالأعضاء بعد الوفاة . وقد جاءت أحكامها كما يلي : فمن حيث الموصى ، فقد اشترطت المادة 186 منه بأن يكون سليم العقل ، بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقل . أما من حيث الشكل فقد نصت المادة 191 على أن تثبت الوصية بتصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم. أما المادة 192 فقد نصت على حق الموصى في الرجوع عن وصيته صراحة أو ضمناً.

وبالرجوع إلى أحكام الفصل الثالث من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري (المادة 164)، فقد اشترط لنقل الأعضاء من المتوفى أن يكون هذا الأخير قد عبر عن قبوله لذلك أثناء حياته (تعديل رقم 90-17 لسنة 1990). والملفت للانتباه بأن المشرع في تعديله للمادة 164 حذف عبارة " يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة، واقتصر على عبارة في التعديل على عبارة " إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك " ، دون أن يشترط أن يكون التعبير كتابياً .

ونرى بأنه إذا كانت القواعد العامة في الوصية بالأموال تشترط أن تكون الوصية أمام الموثق أو بموجب حكم ، فإنه من باب أولى أن يكون الأمر كذلك عندما يتعلق الأمر بالإيصال بجزء من جسم الإنسان . وكحد أدنى نرى تطبيق ما اشترطه القانون في التبرع بالأعضاء بين الأحياء وهي - كما جاء في المادة 162 أن تكون كتابياً وبحضور شاهدين اثنين، وبأن تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة - . وما يدعم وجهة النظر هذه أن المشرع عندما نص على رجوع الموصى بأعضائه بعد الوفاة فقد اشترط أن يكون ذلك كتابياً ، حيث نصت المادة 165 " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابياً ، عن عدم موافقته على ذلك ... " . فعملاً بمبدأ " توازي الإشكال " فإننا نرى إعادة صياغة المادة، كما كانت قبل التعديل، أي باشتراط الموافقة الكتابية ، بحيث تصبح وصية الشخص بأجزاء منه والرجوع فيه في شكل واحد هو الكتابية . تجدر الإشارة إلى أنه بموجب تعديل سنة 1990 لقانون ترقية

الصحة، جاء المشرع بحكم جديد معدل للمادة 164 ، يُجيز نزع القرنية والكلية ، إذا تعذر التعرف على إرادة المتوفى ، أو الإتصال بعائلته أو ممثليه الشرعيين أو إذا كان التأخير يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع .

■ مسألة الاستئصال من جثث القصر والخاضعين للحماية .

إذا كان الأشخاص قاصرين أو خاضعين للحماية القانونية، فهل يجوز الاستئصال من جثثهم بعد الوفاة؟. لقد سبق أن أشرنا في الباب الأول من هذا القسم بأن الإجماع منعقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز الاستئصال منهم حال حياتهم ، وإن كانت بعض التشريعات أجازته بقيود . أما بعد وفاتهم فقد اختلفت التشريعات فمنها من منعت ذلك مطلقاً سواء أثناء حياتهم أو بعد مماتهم كما فعل المشرع الجزائري عندما نص في المادة 163 من قانون حماية الصحة على أنه يمنع انتزاع الأعضاء من القصر ومن في حكمهم حال حياتهم ولم يشير إلى ذلك عندما تعرض لنزع الأعضاء من الجثث مما يفهم بأنه يمنع ذلك . وكما فعل المشرع الكويتي الذي لم ينص على إمكانية الاستئصال من جثث القصر ، سواء في قانون في قانون زرع الكلى لسنة 1983 أو قانون زراعة الأعضاء لسنة 1987.

أما بعض التشريعات الأخرى فقد أجازت ذلك بشرط إجازة الولي بموجب إقرار كتابي. من ذلك التشريع المغربي بموجب الظهير 98-16 حيث اشترط موافقة النائب الشرعي . كما أجاز ذلك المشرع التونسي في المادة الثالثة من قانون سنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، أخذ عضو من القاصر أو المحجور عليه إذا وافق وليه على ذلك .

وقد أجاز ذلك المشرع الفرنسي بنص المادة 671-8 من قانون الصحة العامة بقوله " إذا كان الشخص المتوفى قاصراً أو راشداً خاضعاً للحماية القانونية فلا يمكن اقتطاع أعضائه من أجل التبرع إلا إذا أعطى كل الحائزين على السلطة الأبوية أو وليه الشرعي موافقتهم صراحة وبشكل كتابي " . ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الفرنسي اشترط بخصوص الاستئصال من جثة القاصر أن

يكون لغرض التبرع ، وأن تصدر موافقة الوالدين (الأب والأم) على ذلك ، بمعنى أنه إذا عارض أحدهما لا يمكن الاستئصال من جثة القاصر. أما إذا كان بالغاً عديم الأهلية فلا بد من موافقة ممثله الشرعي ؛ واشترط في كل الأحوال أن تكون الموافقة مكتوبة . غير أن المشرع نص في الفقرة 9 من المادة 671 ، على أنه إذا كان الغرض من الاستئصال من جثة القاصر هو لأغراض علمية بحثية، فإنه يكفي موافقة أحد الأبوين. وهنا يتساءل البعض لماذا هذا الاختلاف في موقف المشرع من نظام الموافقة المتشددة في حالة الاستئصال من أجل التبرع، إلى أقل شدة عندما يكون الهدف لغرض علمي ؟⁽¹⁾.

يرى البعض أن موقف التشريعات المجيزة للاستئصال من جثث القصر بناءً على وصية الولي، لأن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولهذا فهي لا تشكل خطورة على حياة القاصر. كما أنه إذا امتد العمر بالقاصر حتى بلغ سن الرشد فمن حقه الرجوع في الوصية متى شاء⁽²⁾.

نشير في الأخير إلى أن يوسف القرضاوي ، أفتى بجواز التبرع ببعض أعضاء الأطفال الذين يولدون ببعض العاهات التي لا يعيشون بها ، وإنما هي أيام يقضونها في المستشفى ، ثم يودعون الحياة ، وقد يحتاج أطفال آخرون إلى بعض الأعضاء السليمة لديهم ... واعتبر الفعل مستحب، وأن والديه مأجورون على ذلك، لأن في ذلك سبباً لإنقاذ حياة عدة أطفال⁽³⁾.

2- الرضا المفترض للمتوفى :

على خلاف الاتجاه القائل بضرورة الحصول على الرضا الصريح للمتوفى، فقد ظهر اتجاه آخر يقوم على افتراض رضا المتوفى أثناء حياته ما لم يصدر اعتراض منه.

ورغم تأكيد منظمة الصحة العالمية على ضرورة صدور الموافقة الصريحة من المتوفى، باعتبار أن الموافقة هي الأساس الأخلاقي لكل تدخل طبي، فقد أبدت

¹ - Ahmad ABDULDAYEM , op.cit. p.311.

² - حسام الدين كمال الأهواني ، المرجع السابق، ص 187

³ - يوسف القرضاوي ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 53 .

موقفها المشروط من الموافقة المفترضة ، حيث جاء في تقريرها " ...أما نظام الموافقة المفترضة البديل ...ما لم يكن الشخص قد أعرب عن اعتراضه قبل وفاته بتسجيل رفضه لدى أحد المكاتب المختصة أو لم يبلغ أحد الأطراف الذين أعلمهم بذلك عن أن الشخص المتوفى أعرب عن رفضه للتبرع. ونظراً لما للموافقة من أهمية أخلاقية ينبغي أن يكفل هذا النظام أن يكون الناس على علم تام بالسياسة المتبعة في هذا الصدد وأن تتاح لهم وسيلة سهلة لتسجيل عدم الرضا⁽¹⁾.

ومن التشريعات التي أخذت بنظام الرضا المفترض، القانون التونسي المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، حيث نصت المادة الثالثة على جواز أخذ عضو من جثة المتوفى ما لم تحصل معارضة من المتوفى أثناء حياته أو بعد وفاته من الأقارب .

أما المشرع المغربي فقد أخذ بنظام الرضا المفترض مع التمييز بين المتوفون في المؤسسة الإستشفائية المعتمدة⁽²⁾ ، والذين يتوفون خارجها .فطبقاً للمادة 18 من الظهير 98-16 تنص على أنه يعبر كل شخص يدخل قصد العلاج إلى أحد المستشفيات المشار إليها في المادة السابقة عن رفضه أخذ أعضائه أو بعضاً منها، على أن يقوم الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصاً لهذا الغرض بتلقي تصريح الشخص الخاضع للعلاج ويقوم بتدوينه في سجل خاص معد لذلك. ويفهم من هذه المادة أن المريض الذي لم يقيد أي شيء يفترض أنه لا يعترض على الاستئصال منه .أما بالنسبة للمتوفون خارج هذه المؤسسات المذكورة، فقد اشترط المشرع أن يكون المتوفى قد أوصى بالتبرع بأعضائه، وأن تتم الهبة أمام المحكمة الابتدائية التابع لها محل إقامته . وبهذا يرى البعض إلى أن المشرع المغربي تبنى موقفاً فريداً لمزجه بين :مبدأ الاستئصال القسري ،

¹ - تقرير منظمة الصحة العالمية ، المرجع السابق ، ص 6

² - يقصد بالمستشفى المعتمد هي تلك الواردة في لائحة المؤسسات المرخص لها إجراء الاستئصال، كما تحددتها وزارة الصحة المغربية .

الممزوج بمبدأ الرضا المفترض، ومبدأ الرضا الصريح والموثق⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري فلم يأخذ بمبدأ الرضا المفترض، حيث اقتضت أحكامه على التأكيد على ضرورة التأكد من إرادة المتوفى، وعند الاقتضاء موقف أسرته .

3- الاستئصال للمنفعة العامة " الاستئصال القسري "

بدأت التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء تعرف تحولات بشكل يهدر شيئاً فشيئاً المبادئ التي ناضلت الإنسانية من أجل ترسيخها خلال قرون من الزمن، وعلى رأسها احترام كرامة جسم الإنسان وحرمة جثته. فقد كانت هذه التشريعات تولى اهتماماً كبيراً لإرادة الإنسان في كل ما من شأن أن يعرض حياته أو يمس بسلامة جسمه وتكامله الجسدي، أو جثته بعد وفاته. بيد أنه وتحت مبررات تلبية طلبات زرع الأعضاء، التي أصبحت تعرف طلبات متزايدة، عمدت هذه التشريعات إلى إيجاد سبل أخرى للحصول على الأعضاء البشرية من الجثث، بدون رعاية إرادة المتوفى، أو رأي أفراد أسرته، وهو ما أصبح يطلق عليه بـ " الاستئصال القسري "، ويصفه البعض بحق الدولة في " تأميم الجثة " ضمن إطار المصلحة العامة. فالجثة ليست مملوكة للشخص أو لأسرته، وحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على جثة المتوفى بالنسبة لحقوق الأسرة المعنوية⁽²⁾.

وهكذا بدأ ينتقل تدريجياً مبدأ عدم المساس بالجثة مع الزمن، لأنه حسب أصحاب هذا الاتجاه، فإن إنقاذ حياة شخص أكثر فائدة من عدم المساس بجثة ميت. ويرتكز أصحاب هذا الاتجاه على ضرورة مواكبة التقدم العلمي الذي قطع شوطاً معتبراً في مجال نقل الأعضاء وزرعها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة ترجيح مصلحة المريض وإنقاذ حياته وذلك بالإسراع في الزرع، على مصلحة الأسرة التي تستلزم مشاعر العطف والتبجيل نحو المتوفى⁽³⁾.

¹ - رجاء ناجي مكاوي، المرجع السابق، ص 119.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 354.

³ - حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 211 و 212.

ومن التشريعات التي تأخذ بهذا المبدأ التشريع المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بتنظيم بنوك العيون ، فقد جاء في المادة الثانية والثالثة ما مفاده أنه عندما تكون العيون متحصلة من : عيون الموتى أو قتلي حوادث المرور ، عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام ، و عيون الموتى مجهولي الشخصية ، فإنه لا يشترط في هذه الحالات موافقة أحد . كما أن التشريع اليوغسلافي لسنة 1982 المتعلق بنقل الأعضاء لم يتضمن أي نص خاص يستفاد منه ضرورة الحصول على رضا المتوفى أو أسرته.

والأمر لم يقتصر على التشريعات الوضعية ، ولكن تبنته بعض الفتاوى الفقهية مثل فتوى دار الإفتاء المصرية المؤرخة في 5 ديسمبر 1979 فقد جاء فيها " ويكون قطع العضو أو قطع جزء من الميت إذا أوصى به قبل وفاته ، إذا كانت شخصية المتوفى المأخوذ منه معروفة... أما إذا جهلت شخصيته أو عرفت وجهل أهله فإنه يجوز أخذ جزء من جسده ، نقلاً لإنسان حي آخر يستفاد به لعلاج ، أو تركه لتعليم طلاب كليات الطب ، لأن في ذلك مصلحة راجحة تعلق على الحفاظ على حرمة الميت..."⁽¹⁾.

نشير في الأخير إلى أن بعض التشريعات تعتبر أن اشتراط الشكل الكتاب يشوبه بعض العيوب ، ذلك لأنه من النادر أن يفكر الإنسان الذي يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته . وعليه فإن اشتراط الإيصال بأي شكل من الأشكال من شأنه أن ينقص عدد المتبرعين بالأعضاء ، كما أن الحصول على رضا أسرة المتوفى بعد وفاته لا يتفق والسرعة التي تستلزمها طبيعة عمليات نقل الأعضاء من الجثث ، التي يجب أن تتم مباشرة بعد التحقق من الوفاة مباشرة . لهذا اقترح البعض العمل بنظام " بطاقة المتبرع " يحملها كل شخص معه بصفة دائمة . وفي هذه البطاقة يعبر الشخص عن موافقته أو معارضته للتبرع بأعضاء من جثته بعد وفاته . فنظام البطاقات ، حسب أصحاب هذا الرأي تغني الأطباء عن الحصول على رضا أفراد الأسرة خاصة

¹ - رجاء ناجي مكاوي، المرجع السابق ، ص 103.

إذا كانوا في أماكن بعيدة يصعب الإتصال بهم . ومن التشريعات التي أخذت بهذا النظام ، التشريع الألماني ، الذي خصص خانة في بطاقة تحقيق الهوية ، فإذا دون في هذه الخانة حرف (W) ، وهي اختصار لكلمة (Widerspruch) التي تعنى الرفض ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال استئصال أي عضو من جثة المتوفى (1) .

ونرى بأن المشرع الجزائري ، بموجب تعديل 1990 ، قد أخذ بهذا النظام ، ولو بشكل محدود يخص فقط استئصال القرنية والكلية ، حيث جاء في المادة 164 المعدلة ، أنه يجوز نزع العضوين المذكورين ، إذا اقتضت الحالة الصحية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون .

المطلب الثالث

منظمة الصحة العالمية ومبدأ الموافقة على الاستئصال

جاء في المبدأ التوجيهي الأول لمنظمة الصحة العالمية (2) أنه يجوز نزع الخلايا والأنسجة والأعضاء من أجسام الموتى بغرض الزرع إذا :

(أ) - تم الحصول على الموافقة التي ينص عليها القانون .

(ب) ولم يكن هناك أي سبب للاعتقاد بأن الشخص المتوفى كان قد اعترض على ذلك .

وجاء في تعليق على المبدأ بأن " الموافقة هي الأساس الأخلاقي لكل التدخلات الطبية ، والسلطات الوطنية مسؤولة عن تعريف عمليات الحصول على الموافقة على التبرع بالخلايا والأنسجة والأعضاء وتسجيل هذه الموافقة في ضوء المعايير الأخلاقية الدولية، والطريقة التي تنظم الحصول على الأعضاء في بلدانها، والدور العملي للموافقة كضمان ضد الاستغلال والإخلال بقواعد المأمونية. وتعتبر الموافقة على الحصول الأعضاء والأنسجة من الموتى،

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 213 - 215

² - تقرير منظمة الصحة العالمية ، المرجع نفسه ، ص 6

'صريحة' أو 'مفترضة' حسب التقاليد الاجتماعية والطبية والثقافية لكل بلد، بما في ذلك إشراك الأسر في اتخاذ القرارات الخاصة بالرعاية الصحية عموماً... " وعن مفهوم الموافقة الصريحة للمتوفى ، جاء في التعليق : " وبمقتضى نظام الموافقة الصريحة ، الذي يشار إليه أحياناً بنظام ' الرضا ' يجوز نزع الخلايا و الأعضاء والأنسجة من المتوفى إذا كان المتوفى أبدى موافقة صريحة على هذا النزع أثناء حياته ، ويجوز أن تتم هذه الموافقة ، حسب القانون المحلي، شفويًا أو تسجيلها على بطاقات المتبرع أو رخصة القيادة أو بطاقة الهوية ... وجاء في آخر التعليق على أنه عندما يتعلق الأمر بنزع الأنسجة فإنه يتعين ترميم مظهر جسم الشخص المتوفى "⁽¹⁾.

نشير إلى النجاح الذي حققته بعض الدول في استقطاب العديد من المتبرعين بأعضائهم بعد الوفاة ، ومن هذه الدول بلجيكا التي انتقل عدد المتبرعين سنة 2008 من 30 إلى 90000 مسجل في سجلات المتبرعين ، ويرجع الفضل في ذلك إلى حملة التوعية التي نظمتها السلطات لفائدة التبرع بالأعضاء تحت عنوان (Beldonor) ،دامت ثلاث سنوات (2005-2008) . ومن أجل صحة إرادة الأشخاص ، يقوم كل فرد بملا استمارة يعبر فيها عن موافقته (متبرع متطوع) أو عن رفضه التبرع بأعضائه .ثم بعد ذلك تقوم السلطات الصحية بإحشاء المتبرعين المتطوعين في سجل خاص يودع لدى وزارة الصحة⁽²⁾.

¹ - وقد نص قانون الصحة العامة الفرنسي على هذا : Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps(art.671-11du code la santé publique)

² - Etude comparative de l'encadrement juridique international,op.cit.p5 . "L'étude à cité l'Espagne comme modèle dans le monde entier pour son organisation se sa coordination des professionnels de la greffe , grâce auxquelles la perte de possibilité de prélever est minimisée :un programme actif de détection des patients susceptibles d'évoluer vers un mort encéphalique permet d'anticiper la procédure de prélèvement .Dés cette étape , l'équipe médicale est prête à contacter la famille , y compris par téléphone , et le receveur est préparé. Cette organisation repose sur un solide entraînement des équipes de coordination".

المبحث الثاني

انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب

كانت الآراء قديماً تعتبر الجثة عنصراً من عناصر التركة، أي عنصراً من العناصر المادية والاقتصادية للتركة، ولكن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله في عصرنا الحديث، ذلك أنه إن كانت للجثة وجود وكيان مادي إلا أن لها قيمة معنوية كبيرة بالنسبة لأهل المتوفى. وقد جرمت التشريعات كل اعتداء على حرمة الموتى (1). فحق الأسرة على الجثة ليس حق ملكية لأن الموافقة على الاستئصال من جثة الميت ليست مطلوبة من الورثة، لأن هؤلاء لا يخلفون الشخص إلا في أمواله، وإنما هو حق للأسرة (2). والتشريعات المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء، عندما تتطلب موافقة أهل المتوفى فهي تستعمل عبارة الأقارب وليس الورثة. فحق التصرف في الجثة يكون للأقارب الذين تربطهم به صلة الدم (3).

والأصل أن حق الأسرة في التصرف في جثة الميت لا تكون إلا بعد الوفاة، أما قبل ذلك فالحق يثبت للشخص نفسه. غير أن بعض التشريعات تتطلب الحصول على موافقة الأسرة قبل الوفاة. فالحصول على موافقة الأسرة بالاستئصال قبل الوفاة مباشرة - متى كان الشخص في غيبوبة متجاوزة أو ما يعرف بحالة الموت الدماغية -، هو من أجل موافقتهم على وقف أجهزة الإنعاش وإجراء الاستئصال فوراً. وأمر كهذا ليس بالسهل، وفي هذا صرح السيد Jeanneney، الوزير الفرنسي السابق للشؤون الاجتماعية " لا يتخيل المرء كم هو شاق بالنسبة للطبيب أن يطلب موافقة العائلة في اللحظة التي يبلغها فيها موت شخص عزيز عليها وكم هذا القرار مؤلم بالنسبة للأهل (4).

¹ - انظر القسم الثاني من قانون العقوبات الجزائري، الجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى، المواد من 150 إلى 154.

² - حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 194.

³ - أحمد شوقي عمر أو خطوة، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - Ahmad ABDULDAYEM, op.cit. p.290.

والتشريعات تتطلب موافقة الأقارب كتابياً⁽¹⁾، غير أن مثل هذا الإجراء قد لا يمكن أن يتحقق بسرعة بسبب عدم تواجد الأقارب في مكان واحد لحظة الوفاة، مما يعيق إجراء العملية في وقتها المناسب. فنجاح العملية متوقف على استئصال العضو وهو صالح وهذه الصلاحية لا تتأثر إلا بسرعة إجراء الاستئصال والغرس في جسم المريض. حقيقة يصعب إقناع الأقارب باستئصال العضو من أحد أفراد أسرتهم وهم يرون بان قلبه ما زال ينبض-ولو ألياً-، ولكن هذا لا يبرر التغاضي عن رضاهم لأن في ذلك هدم لمبادئ أقامتها الإنسانية عبر عشرات القرون من أجل احترام الإنسان وكرامته. ولا يعنى هذا وضع العقبات أمام التقدم العلمي وإنما تقادى التضحية بالمبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها الإنسانية⁽²⁾.

ولمواجهة معضلة عدم الحصول على موافقة الأقارب في الوقت المناسب، ظهر اتجاه يقوم على الموافقة المفترضة للأقارب ما لم يصدر اعتراض منهم. في هذه الحالة يجوز للطبيب مباشرة عملية الاستئصال ما دام أنه لم يصله اعتراض من الأقارب في وقت مناسب. فالطبيب غير ملزم بالحصول على الموافقة المسبقة للأقارب، لأن انتظار ذلك من شأنه الحيلولة دون تحقيق الثمرة المرجوة من الاستئصال. فهذا الاتجاه يسمح للطبيب بالاستئصال فوراً متى كان هناك مصلحة علمية أو طبية، ما دام لم يصله اعتراض من العائلة. وقد اختلفت المحاكم الفرنسية حول شكل الاعتراض، فيرى البعض أنه يمكن أن يكون بأية وسيلة ممكنة كتابة أو شفوية، في حين يرى البعض الآخر ضرورة أن يكون الاعتراض كتابياً⁽³⁾.

نشير إلى أنه في التشريعات التي تشترط موافقة الأقارب، اكتفى البعض منها بموافقة الأقارب الحاضرين، ومنها القانون الكويتي رقم 7 لسنة

¹ - أنظر على سبيل المثال : المادة 164 من قانون ترقية الصحة وحمائتها الجزائري ، والمادة 5 من القانون الكويتي لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء .

² - حسام الدين كمال الأهواني ، المرجع السابق ، ص 199

³ - حسام الدين كمال الأهواني ، المرجع نفسه ، ص 207.

1983، المتعلق بعمليات زراعة الكلى ، حيث اكتفى في حالة موتى الحوادث، بموافقة أقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفى. غير أن البعض يرى أن هذا من شأنه أن يسلب باقي الأقارب حقهم متى كان لهم رأي مخالف. لهذا لجأت بعض التشريعات إلى تحديد الأقارب الواجب الحصول على موافقتهم بشكل ترتيبي. فالقانون اللبناني رقم 109 لسنة 1983 المتضمن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، نص في المادة الثانية منه على أن تتم الموافقة باسم العائلة حسب الترتيب التالي : الزوج أو الزوجة، وفي حال عدم وجودهما الولد الأكبر سنا ، ثم الولد الأصغر ، ثم الأب ، ثم الأم . كما نص على أنه في غياب هؤلاء فإنه يجوز للطبيب رئيس قسم المستشفى أن يعطي الموافقة على الاستئصال من الجثة، حتى ولو عارض باقي أفراد الأسرة على ذلك.

والمادة الثالثة من القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، ذكرت حسب ترتيب محدد ، الأقارب كاملي الأهلية الذين لهم الحق في إيداء معارضتهم على إجراء الاستئصال من جثة قريبهم وهم على الترتيب التالي : الأبناء ، الأب، الأم ، الزوج ، الأخوات ، والولي الشرعي . ونص على أنه لا يجوز أخذ الأعضاء ولو برضا أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر سنا بالنسبة للأبناء أو الإخوة أو الأخوات . وقد يفهم من هذا أن عدم معارضتهم يستفاد منه الموافقة الضمنية على الاستئصال من جثة المتوفى.

أما المشرع الجزائري فقد أكد في المادة 164 على وجوب التأكد من الموافقة الكتابية للمتوفى وهو على قيد الحياة ، وعند عدم توفر ذلك تنتقل الموافقة إلى أفراد أسرته حسب الترتيب التالي: الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت. وعندما لا يكون للمتوفى أسرة، يطلب الإذن من الولي الشرعي.

المبحث الثالث

قيود وضوابط خاصة بالاستئصال من جثث الموتى

إضافة إلى الشروط المتعلقة بموافقة المتوفى أثناء حياته على التبرع بجثته أو جزء منها بعض وفاته، أو موافقة عائلته على ذلك، وفقاً للأشكال المطلوبة، فإن التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء نصت على بعض القيود الطبية والتنظيمية الأخرى . فبالإضافة إلى الشروط التي ذكرناها عند حديثنا عن التبرع من الأحياء - في الباب الأول من هذا القسم - والتي تسرى أيضاً على عمليات الاستئصال من الجثث ، وهي مجانية التبرع بالعضو ، وأن تجرى عمليات نقل وزراعة الأعضاء في مستشفيات معتمدة من قبل الوزارة المكلفة بالصحة، وأن تكون هناك فائدة علمية أو علاجية مرجوة من عملية الاستئصال. بيد أن هناك بعض القيود والضوابط يلزم احترامها عند ممارسة عمليات الاستئصال من الجثث وهي :

أولاً : أن تكون معاينة وإثبات الوفاة من قبل أطباء معينين خصيصاً .

تسند أغلب التشريعات الطبية، معاينة الوفاة عندما يتعلق الأمر بعمليات نزع الأعضاء من المتوفى إلى لجنة طبية تعين خصيصاً لهذا الغرض. وتحدد بعض التشريعات الإجراءات الواجب إتباعها من قبل الفريق الطبي الذي يعاين ويثبت الوفاة. فالقانون الفرنسي مثلاً بموجب المرسوم رقم 96-1041 المعدل لقانون الصحة العامة، يحدد الخطوات التي يجب على الفريق الطبي القيام بها للتأكد والتثبت من الوفاة وهي التأكد من: الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم ، وتوقف كافة ردود أفعال الجذع المخي، وانقطاع التنفس التلقائي . وتطلب المرسوم من الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يتثبتوا من موت جذع المخ عن طريق جهاز رسم موجات الدماغ مرتين على أن لا تقل المدة الزمنية بين الأول والثاني عن أربع ساعات. ويحرر محضر الوفاة موقع عليه من الطبيب أو الأطباء الذين قرروا الوفاة مبينين كافة الفحوصات والإجراءات التي قاموا بها للتثبت من الوفاة .

كما حددت التشريعات الأخرى تكوين هذه اللجنة والجهة التي تتولى تعيينها ، ومنها :

- التشريع المغربي الذي نص على أن محضر المعاينة يتم من طبيبان من المؤسسة الإستشفائية يعينان من طرف وزير الصحة بعد استشارة المجلس الطبي لهيئة الأطباء (المادة 21 من الظهير 98-16).

- التشريع الكويتي : فقد نص في الفقرة الرابعة من المادة الثانية القرار الوزاري الصادر سنة 1989 ، المحدد للإجراءات نقل الأعضاء البشرية من الموتى على أن يكون التحقق من الوفاة بصورة قاطعة من قبل لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم اختصاصي في الأمراض العصبية⁽¹⁾ على أن لا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبية المنفذة للعملية .

- التشريع الجزائري : بموجب تعديل المادة 167 ، نصت الفقرة الثالثة منها على أنه يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة⁽²⁾ وطبيب شرعي ، وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص ، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين .

ثانياً: عدم مشاركة الطبيب الذي عاين وأثبت الوفاة في الزرع :

يهدف هذا الشرط إلى توفير الحماية الكافية للمرضى الخاضعين للإنعاش الصناعي. فقد يتسرع الطبيب المكلف بالإنعاش إلى إعلان الوفاة للاستفادة من جثثهم. كما يوفر هذا الشرط الحماية للأطباء من أية شبهة بوقف الإنعاش بشكل مبكر. لهذا نصت التشريعات على أن لا ينتسب الطبيب الذي عاين وأثبت الوفاة للفرقة الطبية التي تقوم بعملية الاستئصال والزرع. وقد أكدت جل التشريعات على هذا الفصل بين الأطباء الذين يثبتون الوفاة ، والذين يستأصلون من الجثة بغرض الزرع ، ومن هذه التشريعات قانون الصحة العامة الفرنسي حيث نصت المادة 671-10 على أنه يجب أن يشكل ، الأطباء الذين يحررون شهادة الوفاة من جهة ،

¹- يفهم من هذا أن المشرع الكويتي يتبنى مبدأ " موت الدماغ "

²- ويقصد بها اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة نفسها والتي تأذن بإجراء عملية النزاع أو الزرع .

وأولئك الذين سيقومون باقتطاع أو زرع الأعضاء من جهة أخرى ، وحدتي عمل أو مصالح مستقلتين⁽¹⁾. كما نص على ذلك القانون السوري في المادة السادسة على أنه يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقرر الوفاة هو غير الفريق الذي يقوم بعمليات النقل والزرع⁽²⁾ . أما المشرع الجزائري ، وبعد أن أغفل ذكر هذا الشرط في قانون ترقية الصحة وحماية الصادر سنة 1985 ، فقد تدارك هذا الأمر وأضاف هذا الشرط بموجب التعديل الصادر بالقانون 90-17 لسنة 1990 ، حيث نص في المادة 165 معدلة " لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع " .

تجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ أكدت عليه منظمة الصحة العالمية في المبدأ التوجيهي الثاني الذي جاء فيه : " لا يجوز للأطباء الذين يبتون في أن وفاة المتبرع المحتمل قد حدثت فعلاً أن تكون لهم علاقة مباشرة بعملية نزع الخلية أو العضو من المتبرع ، بإجراءات زرع أي منها لاحقاً ولا أن ينهضوا بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين لهذه الخلايا والأنسجة أو الأعضاء "⁽³⁾ . كما أكدت 66 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية ، المعتمد من قبل المنظمة العالمية للصحة على هذا المبدأ .

¹ - Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part , doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts(Art.671-10 du code de la santé publique)

² - والأحكام نفسها نص عليها القانون التونسي في المادة 15 من القانون رقم 22 لسنة 1991 ، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، والتشريع الكويتي في القرار الوزاري الصادر سنة 1989 ، المحدد للإجراءات نقل الأعضاء البشرية من الموتى.

³ - تقرير منظمة الصحة العالمية ، المرجع نفسه ، ص 7.

خلاصة القسم الثاني

لا ينكر أحد التقدم الكبير الذي أحرزه الطب في عمليات نقل وزراعة الأعضاء من جسم الإنسان أو من الموتى، والتي بفضلها بعث الأمل في نفوس كثير من المرضى ، وجعلهم يأملون برغبة شديدة في الحصول على الأعضاء التي يحتاجون إليها للمحافظة على حياتهم وإنقاذها من الهلاك ، سواء من متبرع حي أو موصي بعضوه بعد وفاته. فالطب أعطى الأمل للآلاف من الأشخاص الذين يعيشون بفضل ما تلقوه من قطاع غيار بشرية من الغير. وبالتالي أضحي الجدل في مشروعيتها غير مجد، وإن كانت مشروعيتها تحتاج إلى الضبط والتحديد والعقلنة .

فالشرائع السماوية والقوانين الوضعية، وضعت الكثير من الضوابط لحماية حياة الإنسان وتكامله الجسدي وجعلت ذلك من النظام العام. لهذا ظل موضوع عمليات نقل وزراعة الأعضاء محل جدل كبير ويطرح الكثير من المشاكل . فمثل هذه العمليات الطبية المستحدثة تستلزم بالضرورة التوفيق بين مجموعة من القيم المتصارعة، منها : حق المريض في العلاج وفي الاستفادة من التقنيات الحديثة ، حرية الطبيب في وصف العلاج ، حق الشخص المتنازل عن عضو في سلامة جسمه ، وبعدها أصبحت جثة الإنسان مصدراً أساسياً للحصول على أعضاء لزرعها للمرضى من أجل إنقاذ حياتهم من موت محقق أو مرض خطير ، انبعث الجدل بخصوص مبدأ حرمة المساس بجثة الميت، وتحديد لحظة الوفاة، ومدى مشروعية المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات الاستئصال وغيرها من المشاكل ال تعرضنا لها خلال هذا القسم، مما حتم على الكل من أطباء ، وفقهاء ، ورجال القانون البحث عن ما يحقق التوفيق بين هذه المصالح التي تحظى كلها بالحماية .

فخلال هذا القسم استعرضنا جملة من المسائل ذات الصلة المباشرة بعمليات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء أو من جنث الموتى، ومنها على

الخصوص: موقف الأديان السماوية من عمليات اقتطاع ونقل الأعضاء بشكل عام والشريعة الإسلامية بشكل خاص، والأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء، ثم تعرضنا لشروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء من الأحياء أو من جثث الموتى التي حددتها التشريعات الوضعية، والمجامع الفقهية الإسلامية، والمنظمات الدولية والإقليمية. وأخيراً تناولنا مسئولية الطبيب والمؤسسات الإستشفائية عند مخالفة الضوابط والقيود القانونية المفروضة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وسنختصرها فيما يلي:

أولاً: موقف الأديان السماوية من عمليات اقتطاع ونقل الأعضاء

رأينا موقف الديانات السماوية الأخرى، التي أجازتها، بشرط ضمان الاحترام الواجب للشخص وأقاربه، سواء بالنسبة لجسم الشخص أو جثته. أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد انعقدت ندوات ومؤتمرات كثيرة خصصت لمناقشة مسألة مشروعية عمليات نقل الأعضاء وزرعها، وأجاز الفقهاء والمجامع الفقهية هذه العمليات ضمن ضوابط وشروط. وجاءت فتاواهم وقراراتهم مستندة إلى نصوص وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وأيضاً بعض الآراء الاجتهادية .

ثانياً : الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء .

اقتضى منا التعرض لمسألة الأساس القانوني المبرر للعمليات الطبية الحديثة على جسم الإنسان، البحث في أمرين: الأول: تحديد الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية. والثاني : الأساس القانوني والفقهي الذي اعتمده الدول في تشريعاتها لإباحة المساس بالكيان الجسدي للإنسان ، في إطار ما يعرف بنقل وزرع الأعضاء من الأحياء أو من جثث الموتى .

❖ - فبخصوص الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية رأينا بأن أصل الحق في سلامة الجسم هي مصلحة يقرها القانون للشخص ، وهذا تعبير عن الطابع الشخصي النابع عن الطابع الفردي لهذا الحق ، غير أن هذا ليس هو الجانب الوحيد بل هناك جانب اجتماعي تتمثل في أن الحق في سلامة الجسم

تتولد عنه عدة مزايا للمجتمع ، مما يعطى الحق للمجتمع في المساس بسلامة جسم الفرد رغماً عنه تحقيقاً لمصلحة اجتماعية .

❖- أما عن الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء ، فقد رأينا بأن الإجماع منعقد بخصوص إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء ، إلا أن الخلاف ثار حول أساس هذه الإباحة ، لذلك ظهرت عدة اتجاهات محاولة إيجاد أساس لمشروعية هذه العمليات ، والتي يمكن ردها إلى نظريتين أساسيتين هما : نظرية الضرورة ، ونظرية المصلحة الاجتماعية .

فالذين برروا عملية استئطاع عضو من جسم الإنسان لعلاج آخر، بالارتكاز على نظرية الضرورة المقترنة برضا المانح ، كمبرر لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء . واعتبروا أن نظرية الضرورة كافية لإخراج هذه الأعمال من نطاق التجريم وجعله فعلاً مشروعاً، وتتنفي عنه الصفة غير المشروعة. بينما يرى أنصار نظرية المنفعة الاجتماعية بأن اقتران رضا المانح بتحقيق منفعة وفائدة اجتماعية هو المبرر لمثل هذه العمليات التي تمس بالتكامل الجسدي للإنسان. ذلك أن حق سلامة الجسم هو حق للفرد، ومن مصلحته ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه وأن يحتفظ بسلامة جسمه ، غير أن حق الفرد في سلامة جسمه له جانب اجتماعي آخر يمتد إليه الارتفاق المقرر لمصلحة المجتمع ، ومقتضى هذا الجانب الاجتماعي أن كل فرد يقع على عاتقه القيام بوظيفته الاجتماعية على أساس فكرة التضامن الاجتماعي. فتنازل الفرد عن عضو عنه لا يعد مشروعاً إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المتلقي بالمقارنة بالأضرار التي تلحق بالمانح، بحيث يجرى هذا الترجيح بين مصالح الأطراف من منطلق مصلحة اجتماعية .

ثالثاً : شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد دراستنا لنظريتي الضرورة والمنفعة الاجتماعية تبين بأن رضا المتبرع بالعضو هو القاسم المشترك بينهما، فرضاه يعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة من الناحية العملية، بحيث لا يتصور أن تقوم لهذه العمليات قائمة بدون وجود رضا المانح . فالمانح

يعتبر، في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء ، طرفاً مهماً في هذه العلاقة التي تنشأ بينه وبين الطبيب من جهة والمريض من جهة أخرى ، فبدون وجوده لا يمكن أن تتم عملية زرع الأعضاء ،ومن ثم لا يجوز للطبيب المساس بتكامله الجسدي إلا برضاه، ما لم يكن في ذلك مساس بحقه في الحياة. فمشروعية أو عدم مشروعية هذه العمليات يجب أن يتم من خلال تحديد المخاطر والمنافع التي ترتب على عمليات التدخل الجراحي بالنسبة لكل من المانح والمتلقي.

ورأينا بأن رضا المانح لا بد من أن تتوفر فيه جملة من الخصائص ، حددتها التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء ، وهي أن يكون رضا المانح متبصراً، متمتعاً بالأهلية الكاملة . كما تعرضنا للشروط الأخرى المتطلبة في هذه العمليات وهي أن يكون التنازل بدون مقابل ، وأن تجرى عمليات الاستئصال والزرع في مستشفيات مرخص لها ، وأن لا يؤدي استئصال العضو إلى هلاك المانح ، وألا تكون من الأعضاء غير القابلة للزرع .

كما أن هذه التشريعات نصت على إلزامية الحصول على رضا المتلقي وتبصيره. فيشترط أن يكون رضا المريض حراً ومتبصراً. وبما أن موافقة المريض (المتلقي) على إجراء عملية زرع عضو تعنى مشاركته في تحمل مخاطرها، والمشاركة في تحمل المخاطر تقتض أهلية قانونية كاملة، فإن كان عديم الأهلية، سواءً كان ذلك لسبب قانوني أو لوجود عارض من عوارض الأهلية، فإنه يخضع للأحكام المطبقة على المانح، كما أشرنا إليها في البحث .

ولما كانت عملية اقتطاع الأعضاء من الأحياء تقتصر فقط على الأعضاء التي لا تعطل الوظائف الحيوية لهذا الجسم، أي الأجزاء المزدوجة، وبذلك خرجت الأجزاء الأخرى من عداد المشروعية. وهكذا أصبح مجال زرع الأعضاء رغم نجاحه وتطوره محدوداً بالنظر لقلّة قطع الغيار البشرية ، ومن أجل هذا اقتضت الضرورة الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان المتوفى . ومن ثم أصبح المساس بجثة الإنسان بعد وفاته أمر لا مفر منه مما يستدعي إعادة النظر في الحكم الذي أرساه الفقه التقليدي الذي يمنع الانتفاع

بأعضاء من جنث الموتى. ومهما يكن فقد أصبح المساس بجثة الإنسان أمر لا مفر . فعلى الرغم من أن أغلب البشر يحرصون على احترام موتاهم ، ويصرّون على معاملة جثة فقيدهم بكامل العناية والاحترام ويرفضون أن يضاف إلى عنائهم أمر التفكير في التمثيل بجثة فقيدهم ، فإن الجثة أصبحت مصدراً أساسياً للحصول على أعضاء لزرعها للمرضى من أجل إنقاذ حياتهم من موت محقق أو مرض خطير وهذا يعتبر عمل إنساني نبيل وذا قيمة أعلى من المحافظة على مبدأ حرمة المساس بالجثة . وعلى هذا الأساس أصبح استئصال الأعضاء من جنث الموتى أمراً مباحاً شرعاً وقانوناً كما أوضحنا.

غير أن المشكل العويص الذي يواجه هذا النوع من العمليات، هو مسألة تحديد لحظة الوفاة. فتحديد لحظة الوفاة تعتبر مسألة على جانب كبير من الأهمية في مجال عمليات نقل الأعضاء خاصة الأعضاء التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب والكبد. كما أن تحديد هذه اللحظة يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت. وبيّنا بأن موت الشخص ليست ظاهرة بيولوجية فقط وإنما واقعة قانونية لها آثارها القانونية. هذا بالإضافة إلى أن تحديد لحظة الموت يلعب دوراً قانونياً هاماً في مجال الإرث وفي مجال القانون الجنائي حيث يشترط لتوافر أركان جريمة القتل أن يكون محل الجريمة إنساناً حياً.

فتحديد لحظة الوفاة لا يقل أهمية عن تلك المتعلقة بالوقوف على اللحظة التي تبدأ فيها الحياة ، فإن كانت الأخيرة من شأنها الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان نطاق الحماية القانونية بالشكل الذي يبناه في القسم الأول من هذا البحث، فإن الوقوف على لحظة الوفاة يعد الفيصل في انتهاء إطلاق وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل في نطاق أحكام قانونية أخرى خاصة بحرمة الجثث. ومن هنا بدأت نقطة الخلاف حول مسألة جوهرية هي تحديد لحظة الوفاة التي تتنازعها عدة اعتبارات فنية وعلمية وقانونية وأخلاقية ودينية ، ومدى انعكاس ذلك على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

وحاولنا أن نجيب على السؤال الجوهرى الذى يثور بهذا الخصوص وهو: متى يستطيع الطبيب إجراء عملية اقتطاع الأعضاء من الجثة لزرعها عند مرضى آخرين؟ وذكرنا بأن الطبيب لا يقوم بأى اقتطاع من الجثة إلا إذا كان الشخص قد توفى بالفعل. ولمعرفة اللحظة التى يعتبر الشخص ميتاً فلا بد من تحديد معيار الموت. وفى هذا الخصوص يوجد معياران معيار تقليدى الذى يرى بأن الموت تتحقق عندما تتوقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة فى القلب والتنفس، ومعيار حديث يرى أن حياة الإنسان تنتهى عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية أو ما يسمى بالموت الدماغى. وهو المعيار الذى تبنته أغلب التشريعات. ثم أن معيار الموت الدماغى اقتضى منا التعرض لإشكالية الإنعاش الصناعى وما تعلق خاصة بحدوده، وما هى الآثار القانونية والشرعية التى تترتب على إيقافه؟

رابعاً : مسؤولية الطبيب والمؤسسات الإستشفائية لضوابط عمليات نقل

وزراعة الأعضاء .

وأخيراً، تعرضنا لموضوع مسؤولية الطبيب والمؤسسات الإستشفائية فى حالة مخالفتهم الضوابط والقيود التى تقتضيها تشريعات عمليات نقل وزراعة الأعضاء. ورأينا بأنه لتدعيم مبدأ مجانية التبرع ومنع الاتجار بالأعضاء البشرية، جاءت التشريعات الجزائية والقوانين البيوأخلاقية بأحكام جزائية وإدارية وتأديبية صارمة تسلط فى حالة مخالفات هذه الضوابط والقيود، لاسيما تخلف شرط رضا وموافقة المانح، ذلك أن تخلفهما يؤثر سلباً على مشروعية العملية. كما أنه وبهدف منع أى ابتزاز مادي قد يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم، فرضت التشريعات المذكورة سرية التبرع وذلك بمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع، تحت طائلة العقوبات المقررة لجريمة إفشاء السر المهني.

خاتمة

تشكل الدراسة التي بين أيدينا غيضاً من فيض ، موضوع تشعبت جوانبه وتباينت منطلقاته واختلفت أهدافه . وقصدنا منها إبراز الجانب الشرعي والقانوني من التداعيات التي أثارها التطورات العلمية المستحدثة، التي أصبحت تترصد الجسم البشري بممارسات طبية وعلمية من شأنها انتهاك حرمة الكيان المادي للإنسان وإهدار كرامته. فإن كانت العلوم الطبية مكنت من تقديم خدمات جليلة للبشرية، في مقاومة الأمراض والأوبئة. غير أن النسق السريع الذي عرفته العلوم في تطورها، والمجالات الجديدة التي اقتحتها تحتم التفكير في سبل تقييد الانزلاقات الخطيرة في مآهات مجهولة المعالم .

فالقضايا الأخلاقية التي يطرحها التطور الهائل الذي عرفته ميادين الطب وعلوم الأحياء أو ما تعرف بالتقنية الحيوية أو البيولوجية، والتي تستهدف الجسم البشري في كرامته، وتهدد بتغيير هويته وإحداث تغييرات في كيانه يمكن توريثها للأجيال المقبلة، تقتضى التدخل من أصحاب القرار، لوضع القيود والضوابط والمبادئ والأحكام التي تحكم هذه الممارسات الطبية والعلمية المستحدثة الماسة بمادة الجسم البشري قبل وبعد ميلاده وبعد وفاته .

وأصبح النص القانوني يجد صعوبة كبيرة، لتدارك الوضعيات المتولدة عن هذه التطورات الطبية والعلمية الجديدة. وأن المبدأ العتيد القاضي بحرمة الكيان الجسدي للإنسان بدأ يتغير جذرياً، فبعد أن كان الأصل حظر كافة أشكال المساس بمادة جسم الإنسان ما لم تكن هناك ضرورة علاجية، فقد أصبح ذلك ممكناً طالما كان ذلك المساس بناءً على رضا الشخص وموافقته . ولمواجهة ذلك، فإن الكثير من الدول قطعت شوطاً معتبراً في مجال إصدار قوانين تنظم وتضبط هذه الممارسات الطبية ، وذلك بهدف وضع قواعد وضوابط تحد من غلواء هذه الممارسات التي تستهدف الجسم البشري بكافة مشتملاته وعناصره .

فهذا البحث، سمح لنا بالإطلاع على ما أحرزت عليه بعض الدول ،التي كان لها السبق في إصدار تشريعات تخص الممارسات الطبية المستحدثة ، والوقوف على ما بلغته من قدرة على استيعاب أغلب المفاهيم البيوطبية وإصدار نصوص تشريعية وتنظيمية تحكمها ، إيماناً منها بأن التأطير القانوني للممارسات الطبية وأعمال البحث على الجسم البشري بكل مشتملاته ومكوناته من لقائح آدمية ؛ وأنسجة ؛ وأعضاء بالنقل والزرع بين الأحياء أو من جنث الموتى ، وغيرها. فقد حاول المشرعون وهم بصدد إصدار هذه التشريعات، استنباط القواعد والمبادئ، التي تضمنتها ما أصبح يعرف بـ" قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية" (Lois de bioéthique).

ما من شك في أن ظهور تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية ، هو بهدف الموازنة بين متطلبات الثورة العلمية في مجال الطب والعلوم البيولوجية ، وبين ضمان الحد الأدنى من الاحترام الواجب للكيان المادي للجسم البشري ، وذلك بإعادة صياغة مفهوم " مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان ". بعدما أصبح جسم الإنسان - أعضاءه ؛ مشتقاته؛ منتجاته ؛ وجثته بعد وفاته -، تشكل مخزوناً لقطع الغيار الأدمية ، ومواداً لإجراء التجارب والبحوث العلمية أو لاستخدامات تجارية في الصناعات الدوائية، ومستحضرات التجميل وغيرها. فهل وفقت هذه التشريعات في ذلك ؟ وإلى أي مدى تمكنت من التوفيق بين المتطلبين ؟ .

أهم النتائج المستخلصة حسب تسلسل موضوعات البحث وبعض التوصيات:

1- في مجال علاج مشكل العقم والإنجاب ، عرفت تقنية التكاثر تطوراً كبيراً في قدرة الإنسان على التحكم في عملية الإخصاب والإنجاب، وذلك بإجراء عملية الإخصاب داخل الرحم أو في المختبرات وخارج الرحم ثم تنقل اللقيحة إلى رحم الأم. وكان لهذه الطريقة الاصطناعية في الإنجاب أثر على الكثير من المفاهيم الأساسية ومن أهمها النسب. هذه التقنية الحديثة في الإنجاب ، فرضت على المشرعين تنظيمها بموجب نصوص قانونية ، غير أنها جاءت متباينة.

فجل التشريعات الخاصة بالتلقيح الإصطناعي في مجتمعات الدول الغربية مشبعة بالأفكار التحررية، التي سادت المجتمع الغربي خلال العقود الأخيرة ، والداعية إلى إعلاء شأن الحريات الفردية على أي قيم اجتماعية أو دينية أخرى ؛ ولهذا فجل تشريعاتها تتجه نحو اعتبار الإنجاب بالطرق الاصطناعية من قبيل حرية التناسل .

أما في الدول الإسلامية ، فتشريعاتها نظمت هذه التقنية المستحدثة في الإنجاب، بالارتكاز على القيم المستمدة من الشريعة الإسلامية ، وأقرت بأن الأسلوب الوحيد الجائز شرعاً وقانوناً ، هو أن تتم العملية بين زوجين وأثناء حياتهما ، وبالتالي منعت باقي الأساليب الأخرى التي تتم في إطار هذه العمليات ، والتي تتعارض مع قيم المجتمعات الإسلامية وتقاليدها وأعرافها ، مثل التلقيح باستعمال الخلايا التناسلية لغير الزوجين ، أو اللجوء إلى عملية إيجار الرحم ، أو التلقيح بعد الوفاة .

2- هذه التقنية التي كان الهدف منها في الأصل علاجي، أي مساعدة الزوجين على تحقيق حلمهما في الإنجاب، فإن الذي حدث مع تسارع تطور العلوم الطبية الحيوية في هذا المجال أن أفرزت عدداً من المستجدات ومنها عمليات التلقيح الاصطناعي خارج الرحم . فتحضر عدد من اللقائح المخصبة خارج الرحم لاستعمالها عندما لا تتجح العملية في الوهلة الأولى ، ترتب عنه بقاء فائض من الأجنة الزائدة عن الحاجة، فيتم تجميدها والاحتفاظ بها في انتظار التصرف فيها . أما بإعادة استخدامها لصاحببتها عند إخفاق عملية التلقيح الأولى ، أو للتبرع بها لفائدة امرأة تعاني من العقم ، أو بوضع هذه اللقائح في رحم امرأة أخرى أجنبية لتحمل عنها، فيما يعرف بـ " الأم البديلة" أو للتبرع بها لإجراء التجارب العلمية عليها ، أو يتم إعدامها والتخلص منها .

3- وجود خلايا تناسلية - لقائح آدمية مخصبة وغير مخصبة- خارج الرحم ،أثار وما زال يثير تساؤلات كثيرة منها: ما يتعلق بطبيعتها ومدى مشروعية استخدامها خارج نطاق علاج العقم كإجراء التجارب والبحوث عليها

أو استخدامها لعلاج بعض الأمراض أو استخدامها في الصناعات الدوائية، ومستحضرات التجميل وغيرها من الاستعمالات .

فهذه الاستخدامات المختلفة أصبحت مثار جدل قانوني وشرعي وأخلاقي، ذلك لأن تحديد نطاق حماية هذه اللقائح الأدمية ، خاصة المخصصة منها ، أصبح متوقف على نظرة كل طرف إلى هذه اللقائح . فالبعض يعتبرها أجنة بشرية داخلية في نطاق الحماية الجنائية التي وضعها قانون العقوبات لجرائم الإجهاض ، والبعض الآخر يعتبرها مجرد منتجات بشرية منفصلة عن جسم الرجل والمرأة ، مما ينفى عن المساس بها وصف الجريمة المعاقب عليها . والتشريعات الوضعية التي أجازت إخضاع هذه اللقائح لممارسات أخرى غير العلاجية ، وضعت لذلك ضوابط وقيود ، وأحكام جزائية كتجريم عملية تخليق الأجنة لأغراض تجارية وصناعية بل نصت أيضاً على تجريم عملية التلقيح من أجل إجراء الأبحاث والتجارب العلمية .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية بالنظر إلى أن مجالات استعمالات هذه اللقائح ، أصبحت كثيرة ومتعددة ، وتبعث على القلق في كثير من الأحيان ، فقد قرروا بأنه إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي على الوجه الطبيعي حتى لا تستعمل في عمليات تلقيح غير مشروعة .

ومع ذلك ، فإن الخلاف ما زال قائماً بخصوص استعمالها لأغراض الأبحاث أو التجارب العلمية . فالبعض يرى حرمة إجراء التجارب عليها ، لأن ذلك يعتبر نوعاً من الإلتلاف والقضاء عليه ، فيجب أن يكون طريقها لما خلقت له ما دام أنها ستكون إنساناً كاملاً ولو احتمالياً ، فهذه الأجنة مستقبلة للحياة ومستعدة لها . بينما يرى آخرون جواز إجراء التجارب على البييضات الملقحة، ما دام أنها لم تغرس في الرحم . والقول بجواز ذلك مشروط بالألا يكون تلقيح هذه البييضات لهذا الغرض البحثي خصيصاً، وأن يكون في ذلك مصالح شرعية معتبرة لا تقل عن الحاجيات .

4- لا ينكر أهدأ التطور الهائل الذي عرفته العلوم الطبية في مجال نقل زراعة الأعضاء البشرية، وأنه أدى إلى إنقاذ حياة الكثير من البشر. غير أن موضوع عمليات نقل زراعة الأعضاء ، ما زال محل جدل كبير ويطرح الكثير من المشاكل. فمثل هذه العمليات الطبية المستحدثة تستلزم التوفيق بين مجموعة من القيم المتصارعة منها: حق المريض في العلاج وفي الاستفادة من التقنيات الحديثة، حرية الطبيب في وصف العلاج، حق الشخص المتنازل عن عضو في سلامة جسم وغيرها من المصالح والقيم. لهذا اقتضت مثل هذه العمليات الطبية تحديد أمرين : الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية، ثم إيجاد الأساس القانوني والفقي الذي اعتمده الدول في تشريعاتها لإباحة هذه العمليات الجراحية فبخصوص الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية الأصل أن هذا الحق يقره القانون لمصلحة الشخص ، غير أن هذا ليس هو الجانب الوحيد بل هناك جانب اجتماعي تتمثل في أن الحق في سلامة الجسم تتولد عنه عدة مزايا للمجتمع ، مما يعطى الحق للمجتمع في المساس بسلامة جسم الفرد رغماً عنه تحقيقاً لمصلحة اجتماعية .

أما عن الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، فقد ظهرت بشأنه نظريتين أساسيتين هما: نظرية الضرورة، ونظرية المصلحة الاجتماعية. وأياً كانت النظرية المعتمدة في هذا الشأن ، فجل تشريعات نقل زراعة الأعضاء اشترطت رضا المتبرع بالعضو على أن يكون متمتعاً بأهلية التبرع ، وأن يكون حراً في قرار التبرع عن أي ضغط مادي أو نفسي ، ومتبصراً بمخاطر العملية. فالمنح في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء ، يعد طرفاً مهماً في هذه العلاقة التي تنشأ بينه وبين الطبيب من جهة والمريض من جهة أخرى ، فبدون وجوده لا يمكن أن تتم عملية زرع الأعضاء ، ومن ثم لا يجوز للطبيب المساس بتكامله الجسدي إلا برضاه، ما لم يكن في ذلك مساس بحقه في الحياة. كما أن مشروعية هذه العمليات يجب أن يتم من خلال تحديد

المخاطر والمنافع اللتان تترتب على عمليات التدخل الجراحي بالنسبة لكل من المانح والمتلقي.

5- أصبح مجال زرع الأعضاء رغم نجاحه وتطوره محدوداً بالنظر إلى أن عمليات اقتطاع الأعضاء من الأحياء تقتصر فقط على الأعضاء التي لا تعطل الوظائف الحيوية لهذا الجسم مثل القلب والكبد ، وبذلك خرجت هذه الأجزاء من عداد المشروعات . ومن أجل هذا اقتضت الضرورة الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان المتوفى ، ومن ثم أصبح المساس بجثة الإنسان بعد وفاته أمر لا مفر منه ، حيث أصبحت مصدراً أساسياً للحصول على أعضاء لزرعها للمرضى من أجل إنقاذ حياتهم من موت محقق أو مرض خطير.

ورغم إباحة استئصال الأعضاء من الجثة، فإن إشكالية تعريف الموت ما زالت مطروحة بحدّة، بين اتجاهين: أحدهما يرى بأن الموت يتحقق عندما تتوقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس. والاتجاه الآخر يرى أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية أو ما يسمى بالموت الدماغى . وبين هاذين المعيارين ، بقي التساؤل المطروح : متى يستطيع الطبيب إجراء عملية الاستئصال من الجثة لزرعها عند مرضى آخرين ؟. من البديهي أن الطبيب لا يقوم بأي اقتطاع من الجثة إلا إذا كان الشخص قد توفى بالفعل. ولمعرفة اللحظة التي يعتبر الشخص ميتاً فلا بد من تحديد معيار الموت ، الذي تتنازعه عدة اعتبارات فنية وعلمية وقانونية وأخلاقية ودينية . كما أن موضوع تحديد لحظة الوفاة، يرتبط بإشكالية الإنعاش الصناعي وما تعلق - خاصة - بحدوده والآثار القانونية والشرعية التي تترتب على إيقافه .

6- بعد هذا العرض لأهم النتائج المستخلصة نقترح ما يلي :

- قبل إصدار أي نص تشريعي أو تنظيمي أو فتوى فقهية، بخصوص هذه المستجدات الطبية، يجب استيعاب معطيات التطور العلمي وفهم حقيقتها وأهدافها، واعتبار ذلك لاستنباط الأحكام الشرعية، وإعداد النصوص التشريعية المنظمة

لهذه المستجدات الطبية ، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره . وبما أن الأحكام الفقهية والنصوص القانونية تبنى أصلاً على مضمون المفهوم العلمي ، ولما كانت هذه العلوم متطورة بطبيعتها ، فإن الفتوى الشرعية والنص القانوني يتغيران تبعاً للمضمون العلمي الجديد .

- خلال هذه الدراسة وقفنا على عجز وقصور القواعد الأصولية والمبادئ العامة التقليدية المستقر عليها في القانونين المدني والجزائي، عن استيعاب هذا النوع من أنماط السلوك الطبي والعلمي الحديث مما يستوجب وضع نصوص قانونية تلائم طبيعة هذا النوع من الأفعال ، التي لم تكن في الحسبان لكونها حديثة ووليدة التطورات العلمية الحديثة . ومن هنا نتمنى أن يتدارك المشرع الجزائري هذا العجز والقصور في التشريعات القائمة ، وإصدار تشريعات أخرى تشمل الميادين الأخرى التي لم يتعرض لها بعد ، واضعاً في الحسبان التوفيق بين متطلبات تقدم العلوم الطبية من جهة ، ومقتضيات الحماية القانونية لمادة الجسم البشري في ظل المبادئ والقيم الراسخة في مجتمعنا، فليس هناك من عذر والنماذج القانونية متوفرة في القانون المقارن.

ونشير فيما يلي إلى بعض الملاحظات ، هي بمثابة تصورات ، نتمنى أن تؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع الجزائري وهو بصدد إصدار التشريعات البيوأخلاقية المنظمة للممارسات الطبية المستحدثة . وبودنا أن يتفادى أي تشريع يصدر بهذا الخصوص النقائص والثغرات، التي شابت تشريعنا القائم وكذا التشريعات المقارنة ومنها:

☞ في مجال عمليات الإنجاب الإصطناعي ، وإن كان المشرع الجزائري ، أدرج عند تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 ، نص المادة 45 مكرر يحدد بمقتضاه شروط وضوابط عمليات التلقيح الإصطناعي ، غير أن المخالفات التي ترتكب في هذا الإطار، لا يمكن أن تستوعبها النصوص والمبادئ العامة التقليدية المستقر عليها في قانون العقوبات مما يستوجب-كما فعلت بعض التشريعات ومنها في الدول العربية :التشريعين الليبي والتونسي على سبيل المثال- تجريم الصور

المختلفة للتلقيح الاصطناعي، بنصوص خاصة تتناسب مع طبيعة هذه الممارسات عند خروجها عن مقتضى الأخلاق والشرع والقانون ، سواء كان ذلك بالنسبة لأطراف هذه العمليات أو المؤسسات المرخص لها بإجراءها.

كما يجب منع كل ممارسات يكون الهدف منها التحكم في مستقبل الجنس البشري (تسحين النسل) وكذا الاستنساخ. ولتحقيق ذلك يلزم إنشاء لجان أخلاقية متعددة التخصصات (أطباء، ورجال قانون، وفقهاء)، تتمتع بسلطة مراقبة المراكز المعتمدة و صلاحية اتخاذ قرارات منح الترخيصات وسحبها .

بعد أن أصبحت المشتقات والمنتجات - كالأنسجة ؛ والخلايا؛ واللقاح الآدمية؛ والدم ؛ وحليب الأم وغيرها - محلاً لكثير من الممارسات الطبية ، كإجراء التجارب والبحوث عليها أو محل استخدامات تجارية في الصناعات الدوائية ، ومستحضرات التجميل وغيرها من الاستعمالات فإن وضع نظام قانوني لهذه المنتجات والمشتقات البشرية أصبح ملحاً ، كما فعلت بعض الدول في تشريعاتها البيوأخلاقية - كما أشرنا في البحث - والتي واكبت بحق ، التطورات العلمية التي شملت سائر مكونات الجسم البشري من مشتقات ومنتجات مختلفة .

في مجال نقل وزراعة الأعضاء:

■ نقتراح تبني الموافقة الصريحة الصادرة عن اختيار حر. واجتتاب مبدأ الموافقة المفترضة لما في ذلك من انتهاك للحقوق المعنوية للأسرة، وخرق لمبادئ حقوق الإنسان والحريات العامة المكرسة دستورياً.

■ أن يوثق رضا المانح الحر المستنير، ويتم الإشهاد عليه أمام الجهات القضائية، وهذا من شأنه أن يحد من فرص التلاعب ، وأن يعترف للمانح بحق التراجع عن موافقته ، دون التقيد بأي شكل .

■ دعم النصوص المنظمة لعمليات نقل وزراعة بعقوبات رادعة عن عدم احترام شروط الاستئصال من الأحياء أو الأموات، ومنها المجانية والسرية وحظر المضاربات والدعاية التجارية وغيرها.

- النص على أن لا يتعدى الأخذ من الجثة سقفاً معيناً ، ضماناً لحرمة المتوفى وعدم تعريض الجثة للتمزيق أو التشويه.
- لا يسمح بأخذ الأعضاء أو الأنسجة من القصر إلا إذا كان المستفيد أختاً بشرط موافقة الأبوين أو أحدهما ، وفي حال عدم وجودهما الولي الشرعي.
- أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء في المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها دون سواها .
- النص على المعيار المعتمد للوفاة، وتحديد شروط ومقاييس معاينة الوفاة بموجب نص تنظيمي من وزارة الصحة كما جاء في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والذي لم يصدر لغاية اليوم.
- منع أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية (الخصية والمبيض) للأسباب التي بينها في البحث .
- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي عاين الوفاة في عملية الاستئصال والزرع.
- وفي الأخير نرى بأن توعية المواطنين وحثهم على التبرع بأعضائهم وأعضاء ذويهم ، تعد إحدى الركائز الأساسية لتوفير الأعضاء والأنسجة لزرعها من أجل انقاذ حياة الناس وصحتهم .بل من المستحسن أن ترافق صياغة هذه القوانين حملات إعلامية واسعة وندوات في المؤسسات التعليمية تشرف عليها كل من السلطات العمومية والمجتمع المدني.

الملاحق*

وتوجد ملحقه بالرسالة وهي :

1- قرارات مجمع الفقه الإسلامي
و المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي
وهيئة كبار العلماء في السعودية
(بشأن القضايا الطبية المعاصرة).

2- مبادئ منظمة الصحة العالمية التوجيهية
بشأن زرع الخلايا والنسج والأعضاء البشرية
(جمعية الصحة العالمية الثانية والستون، البند 10-12 من
جدول الأعمال المؤقت، بتاريخ 26 مارس 2009)

* - الرسالة مودعة بالمكتبة المركزية للجامعة ، ومكتبة الحقوق ، ومركز البحوث الاجتماعية

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية*

* القرآن الكريم

أولاً : المصادر والمراجع الشرعية: (كتب الحديث ، وكتب التفسير، والكتب الفقهية)

1. ابن تيمية (أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني) مجموع فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية (دون سنة).
2. ابن جزى (أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي) ، القوانين الفقهية، طبع في لبنان ، (د.تا)
3. ابن خلدون (عبد الرحمن بن خلدون) ، المقدمة ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت (د.تا)
4. ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي)، زاد الميعاد في هدى خير العباد ، حقق نصوصه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، مكتبة المنار الإسلامية الكويت 1984.
5. ابن كثير (عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1969.
6. أبو عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي ، الاستذكار الجامع لفقهاء الأمصار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000.
7. أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، دار إحياء العلوم ، بيروت ، 1988 .
8. البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري)، الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1953.
9. تفسر الجلالين (جلال الدين محمد بن أحمد المحلي و جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي) ، مكتبة نهاد هاشم الكتبي ، (د.تا).
10. حاشية ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار (محمد أمين بن عمر عابدين)، دار الكتب العلمية ، بيروت ،(د.تا).
11. الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي)البحر المحيط في أصول الفقه ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (د.تا).
12. سنن ابن داود (أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني) ،دار الفكر، بيروت،(د.تا)
13. السيد سابق ، فقه السنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ، 1977 .
14. سيد قطب، في ظلال القرآن ، المجلد الثامن ، الطبعة السابعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1971 .
15. السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن السيوطي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1979.

* - مرتبة على حروف الهجاء تبعاً لاسم المؤلف

16. السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن بن أبو بكر السيوطي) ، تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي (د.تا).
17. الشافعي (محمد بن ادريس الشافعي) ، الأم ، الطبعة الثانية، دار المعرفة ،بيروت، 1393 هـ.
18. الصاوي (أحمد بن محمد الخلوتي) ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1978.
19. العز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1990.
20. الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي)، إحياء علوم الدين، دار إحياء الكتب العربية(د.تا)
21. القرافي (أحمد بن إدريس شهاب الدين أبو العباس القرافي) ،شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، حققه طه عبد الرؤوف سعد، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى ، 1993.
22. الكساني (أبو بكر بن مسعود الكساني) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، 1910.
23. محمد بن محمد القرشي، معالم القرية في أحكام الحسبة، الهيئة المصرية للكتاب (د.تا).
24. محمد سعيد رمضان البوطي ، قضايا فقهية معاصرة ، الطبعة الرابعة ، دار الشادي - مكتبة الفارابي ، دمشق ، 1992 .
25. محمد سعيد رمضان البوطي، الإسلام ملاذ كل المجتمعات الإنسانية لماذا ؟ وكيف..؟، دار الفكر، دمشق، 1982.
26. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
27. محمود شلتوت، الفتاوى ، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامه، الطبعة الثامنة، دار الشروق، القاهرة، 1975.
28. وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية، سنة 1399 هـ.
29. يعقوب عبد الوهاب الباحسين ،رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، دراسة أصولية تأصيلية ، مكتبة الرشد الرياض، ط الطبعة الرابعة ، سنة 2001.
30. يوسف القرضاوي ، هدى الإسلام فتاوى معاصرة ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الرابعة ، 1989.

ثانياً : المراجع القانونية العامة :

31. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية القاهرة 1985.
32. إدوار غالي الذهب ، مشكلات القتل والإيذاء الخطأ ، دار غريب للطباعة ،القاهرة ، 1987 .
33. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ،القاهرة ، 1993.
34. جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد ، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، 2000.

35. حسن كره ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1975.
36. حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995.
37. حسين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة 1973.
38. رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي القاهرة 1978 .
39. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (د.تا).
40. عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار البشير للنشر والتوزيع، القاهرة، (د.تا)
41. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، 1986.
42. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1989.
43. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد :دراسة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1995.
44. محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
45. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1984.
46. محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة، 1962 .
47. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1989 .
48. مفتاح محمد أفريط ، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
49. مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دار الحداثة بيروت ، 1985.
50. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2008.

ثالثاً : المراجع المتخصصة :

51. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، مطابع شرف الدين ، الكويت تايمز ، 1983.
52. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية، 1999 .
53. أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986.

54. أسامة عبد الله قائد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.
55. جبرمي ريفكن ، قرن التقنية الحيوية ، (ترجمة أحمد مستجير)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، أبو ظبي ، 1999.
56. حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1975 .
57. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة(د.تا) .
58. رجاء ناجي مكاي، نقل وزرع الأعضاء، الطبعة الأولى ، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، المغرب ، 2002.
59. زهير أحمد السباعي و محمد علي البار ، الطبيب أدبه وفقهه ، الطبعة الثانية ، دار القلم ،دمشق ، الدار الشامية بيروت ، 1997.
60. سعيد سعد عبد السلام، مشروعية التصرف في جسم الأدمي. دراسة فقهية معارضة ، مطبعة الجامعة ، 1996.
61. سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض، الطبعة الأولى ، 2007.
62. سمير غويينة ، المتاجرة بالأمومة والأعضاء البشرية ، مكتبة مدبولي الصغير ، ستار برس للطباعة والنشر ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1999.
63. شفيق عبد المالك ، علم تشريح جسم الإنسان، القاهرة ، 1959 .
64. صالح بن محمد الفوزان ، الجراحة التجميلية ، عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، دار التدمرية ، الرياض دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2007
65. صفوت حسن لطفي ، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الأدمية ، (د.ط) 1992
66. عبد الحفيظ أوسكين ، الجنين في ضوء القانون ، دار الهلال ، 2005.
67. عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، عمان ، 1985.
68. العربي بلحاج ، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007.
69. عقيل بن احمد العقيلي ،حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، دار نوبار للطباعة ، 1992.
70. علي محمد يوسف المحمدي ،بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة، ، الطبعة الأولى ، شركة دار النشر الإسلامية، بيروت، 2005.
71. كارم السيد غنيم ، الاستنساخ والإنجاب، الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي، 1998.
72. كمال الدين جمعة بكرو ، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية ، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريعات اليهودية والنصرانية والقوانين الوضعية، دار الخير، بيروت، الطبعة الأولى، 2001 .
73. مارتاسي.نسبوم و كاس .ر.سانشتين ، استنساخ البشر: الحقائق والأوهام ، (ترجمة مصطفى إبراهيم فهمي) ، مكتبة الأسرة ، القاهرة ، 2003 .
74. محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، دراسة مقارنة ، الكويت ، 1992.

75. محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، مكتبة الصديق الطائف ، السعودية ، الطبعة الأولى ، 1993 .
76. محمد رأفت عثمان ، بنوك النفط والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001.
77. محمد سامي الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
78. محمد عبد اللطيف عبد العال ، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.
79. محمد عبد الوهاب الخولي ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، الطبعة الأولى ، 1997.
80. محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، الدار الشامية بيروت ، 1994.
81. محمد علي البار ، طفل الأنبوب والتلقيح الإصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة ، مطابع دار العلم ، جدة ، 1986.
82. محمد محمود حمزة ، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2007 .
83. محمد نعيم ياسين ، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، الطبعة الثانية ، دار النفائس ، الأردن ، 1999.
84. محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية ، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى : قانوناً - فقهاً - اجتهاداً ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.
85. مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2003.
86. مصطفى عبد الحميد عدوى ، حق المريض في قبول أو رفض العلاج بين النظامين المصري والأمريكي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (د.تا).
87. منذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1992 .
88. منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2001.
89. مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري ، في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002.
90. والترتوت أندرسون ، عصر الجينات والإلكترونيات ، (ترجمة أحمد مستجير) ، مكتبة الأسرة ، القاهرة ، 2002 ، والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2001.

رابعاً : الفتاوى ، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي، وتوصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

91. توصيات وقرارات الندوة الفقهية الطبية الخامسة ، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-26 أكتوبر 1989 بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي ، حول موضوع زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي .
92. الفتاوى المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الصادرة في 6 جمادى الأولى 1400 هـ موافق 23 مارس 1980.
93. فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى (الجزائر) حول نقل الدم وزرع الأعضاء ، بتاريخ 6 ربيع الأول 1392 هـ ، الموافق 20 أبريل 1972م.
94. قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، الدورة الثامنة بمكة المكرمة ، من 28 ربيع الآخر إلى 7 جمادى الأول 1405 هـ الموافق 19-28 جانفي 1985 ، حول موضوع : " زراعة الأعضاء " .
95. قرار مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثالثة بعمان ، من 8-13 صفر 1407 هـ / 11 - 16 أكتوبر 1986م ، حول موضوع : " أطفال الأنابيب " .
96. قرار مجمع الفقه الإسلامي، أكتوبر 1996 ، بعمان ، حول موضوع : " رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً " (قرار رقم 5) .
97. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة بعمان ، من 8-13 صفر 1407 هـ الموافق 11-16 أكتوبر 1986 ، حول موضوع : " أجهزة الإنعاش "، (قرار رقم 5).
98. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة بجدة من 18-23 جمادى الآخرة 1408 هـ، الموافق 6-11 فبراير 1988م. حول موضوع " زرع الأعضاء : انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً" ، (رقم القرار 1 د.88/08/4).
99. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة بجدة، من 17-23 شعبان 1410 هـ، الموافق 14-20 مارس 1990م، حول موضوع: " البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة"، (رقم القرار 6/6/57).
100. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة بمكة، من 24-28 صفر 1408 هـ الموافق 17-21 أكتوبر 1987 ، حول موضوع : " حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان " .
101. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة بجدة ، من 17-23 شعبان 1410 هـ، الموافق 14-20 مارس 1990م، حول موضوع : زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي، (رقم القرار 6/7/65).

خامساً: المواثيق الدولية والعالمية والإقليمية

102. الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية ، المعد من قبل المكتب الإقليمي ، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ، والمكتب التنفيذي لمجلس وزراء صحة مجلس التعاون الخليجي . الميثاق اعتمد من قبل منظمة الصحة العالمية (OMS) ، سبتمبر 2005 .
103. مبادئ منظمة الصحة العالمية التوجيهية ، بشأن زرع الأعضاء والنسج البشرية، مارس 2009 .

سادساً: الرسائل

104. إيهاب يسر أنور علي ، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، القاهرة ، 1994 .
105. جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، رسالة دكتوراه
- 106.حسن زكي الأبراشي ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1951.
- 107.فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز، الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1990 .
- 108.محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة 2002.
- 109.الهشابي إبراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس وأثاره دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2002.

سابعاً: الدراسات، البحوث :

- 110.أحمد شرف الدين، بحث " حكم الإستنجاب في الشريعة والقانون " مقدم في المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الإسلامي،الإسكندرية،1986.(نشرة الطب الإسلامي ، العدد الرابع).
- 111.أحمد عمراني ، " نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي : دراسة حالة الشراكة في الإنجاب بين امرأتين بين أقوال الفقهاء والحقائق العلمية "، بحث منشور في مجلة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 11 ، 2002 .
- 112.أحمد عمراني ، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة : مخاطره ومحاذره ، بحث مقدم في ملتقى الحماية القانونية للأسرة، جامعة تلمسان ، 28 و29 أبريل 2002.
113. بدر المتولي عبد الباسط، " آراء في التلقيح الصناعي" بحث مقدم في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، الكويت، 1983. (منشور في سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي).
- 114.رياض الخاني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري" ، بحث منشور في المجلة الجنائية ، القاهرة ، مارس 1971.
115. سعد الدين مسعد الهيلالي، (جمع لأعمال ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الخمسة عشر)، 2004.
116. سليمان بن عبد الله ابا الخيل ، " إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعياً" ، بحث مقدم في مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني ، قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، السعودية ، 10-12 أبريل 2010 .
- 117.شعشوعة محمد شريفة ، الموازنات والمآلات في إيقاف الإنعاش القلبي النوي ، بحث مقدم في مؤتمر قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، 10-12 أبريل 2010 .
- 118.عبد الحفيظ أوسكين و أحمد عمراني ، " النظام القانوني للأجنة الزائدة ، بحث مقدم في مؤتمر قضايا طبية معاصرة ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 10-12 أبريل 2010 (جامعة الإمام بالرياض ، أعمال المؤتمر 2010).
- 119.عبد الرحمن البسام، " أطفال الأنابيب" بحث مقدم خلال الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 1986.

120. عبد المجيد مزيان، الأصول الروحية في أخلاقيات الطب عند المسلمين، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة 1999.
121. مالكوم مكنوتون ، "مشكلة ممارسة الإخصاب المساعد وأبحاث الأجنة ، نظرة عالمية "، بحث مقدم في المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي ، القاهرة 1991.
122. محمد علي البار ، "طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ومحاذره " ، مقال منشور في، المجلة العربية، جدة، العدد 107، سبتمبر 1986.
123. يوسف القرضاوى "زرع الأعضاء ، " بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية ، الأزهر ، القاهرة ، 2009 .

ثامناً : المعاجم والموسوعات :

124. ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم) ، لسان العرب ،المجلد الثاني ، دار صادر بيروت ، 1992.
125. أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، دار النفائس ، بيروت، 2006.

تاسعاً: النصوص التشريعية والتنظيمية في الجزائر وبعض الدول العربية

الجزائر :

126. الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 61، المعدل بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 63.
127. القانون رقم 85-5، مؤرخ في 16 فبراير 1985. المعدل والمتمم، المتضمن حماية الصحة وترقيتها تحت .
128. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المصادق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 .
129. الأمر رقم 72-2 ، مؤرخ في 10 فبراير 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين.
130. المرسوم 88/69، مؤرخ في 18 جويلية 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري
131. الأمر رقم 66-156 ، مؤرخ في 8 جوان 1966 ، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون العقوبات .
132. الأمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 826 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم ، المتضمن القانون المدني .
133. القرار الوزاري رقم 387 ، مؤرخ في 31 جويلية 2006، المتعلق بالتجارب الكلينيكية على الإنسان.

تونس:

134. القانون رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

135. القانون عدد 93 لسنة 2001 ، مؤرخ في 7 أوت 2001 ، والمتعلق بالطب
الإنجابي
المغرب :
الظهير رقم 98/16 المتضمن تنظيم منح وائل ونقل وغرس الأعضاء والأنسجة البشرية .
الكويت :
136. القانون رقم 30 لسنة 1972 الخاص بإنشاء بنك العيون
137. قرار وزاري رقم 44 ، لسنة 1989 ، المحدد للإجراءات نقل الأعضاء البشرية
من الموتى.
138. مرسوم بالقانون رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء.
139.
لبنان :
140. مرسوم اشتراعي رقم 109 صادر في 16 سبتمبر 1983 المتعلق بأخذ الأنسجة
البشرية لحاجيات طبية وعلمية .
مصر :
141. القانون رقم 247 لسنة 1959 في شأن بنوك العيون
142. القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بإعادة تنظيم بنك العيون
السعودية :
143. المرسوم الملكي رقم م/59 بتاريخ 11/4/1462 هـ ، المتضمن نظام مزاولة
المهن الصحية .
144. قرار وزارة الصحة رقم 29/1/1081 المؤرخ في 8/6/1414 هـ المتضمن
دليل إجراءات زراعة الأعضاء.
سوريا :
145. القانون رقم 31 مؤرخ في 23 أوت 1972 المتضمن نقل وغرس أعضاء الإنسان
الإمارات العربية المتحدة :
146. القانون رقم 15 لسنة 1993 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ETRANGERE **المراجع باللغة الأجنبية**

► **Ouvrages généraux**

1. Alain BENABENT, Droit civil, La famille ,quatrième édition ,litec , France ,1991.
2. Guy Raymond , Droit de L'enfance et de l'adolescence, France , Litec , 1995
3. Michèle HARICHAUX , la protection des libertés et droits corporels, imprimerie Laballery, France ,1997.
4. Patrick NICOLEAU, Droit de la famille ,édition marketing,Paris,1995.

► **Ouvrages spéciaux**

5. Abdelhafid OSSOUKINE , L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale,OPU, 2006.
6. Abdelhafid OSSOUKINE , L'Ethique biomédicale , 2ème édition, OPU, 2007.
7. Franck MAGNARD & Nicolas TENZER , Le spermatozoïde hors la loi , Calmaa lévy, France ,1991.
8. Gerard Méméteau , Droit Médical, Litec, Paris , 1986.
9. Hubert Poncet ,Au pays de la bioéthique , Labor et Fides , Genève , 1996
10. Irma ARNOUX , Les droits de l'être humain sur son corps , Presse universitaire de bordeaux , 1994.
11. Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse -Riou, Produire l'homme de quel droit, Imprimerie des Presses Universitaires, Paris, 1987
12. Paul julien Doll , la discipline des greffes , des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Paris 1970.
13. Xavier LABBEE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, presses universitaires de Lille, 1990.

► **Principaux Textes législatives et réglementaires français**

14. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 , relative aux prélèvement d'organes.
15. Loi n° 88-1138 du 2 décembre 1988 , relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.
16. Loi n°94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé , modifiant la loi 78-77 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés.
17. Loi n° 94 -653 , du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
18. Loi n° 94 -654 , du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humains , à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal .
19. Décret n°96-357 du 29 avril 1996, relative aux modalités de consentement aux prélèvement d'organes d'une personne vivante.
20. Décret n°96-1041 du 2 décembre 1996 , relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes , de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques .
21. Décret du conseil d'Etat, n°99-925 du 2 novembre 1999, relatif à l'accueil de l'embryon, et modifiant le code de la santé publique.
22. Décret du conseil d'Etat, n°99-925 du 2 novembre 1999, relatif à l'accueil de l'embryon, et modifiant le code de la santé publique .

23. Décret n° 2000-156 du 23 février 2000 , relatif à l'importation et à l'exportation d'organes , de tissus et de leurs dérivés , de cellules du corps humain , à l'exception des gamètes , et de produits de thérapie génique et cellulaires .
24. Décret n° 2000 -156 du 23 février 2000 , relatif à l'importation et à l'exportation d'organes , de tissus et de leurs dérivés , de cellules du corps humain , à l'exception des gamètes , et de produits de thérapie génique et cellulaires .
25. Loi du 4 mars 2004 , relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
26. Loi du 4 mars 2004 , relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
27. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique
28. Human fertilisation and Embryology act 1990.

➤ **Articles , Etudes , Chroniques, Recueils et Thèse .**

29. Ahmed ABDULDAYEM ,Les organes du corps humain dans le commerce juridique , thèse de doctorat , Faculté de droit , Université robert Schuman de Strasbourg, 1999.
30. Christian Byk , La Recherche sur L'Embryon Humain , J.C.P. n° 29 , 1996.
31. Etude comparative de l'encadrement juridique international, Agence de la biomédecine, Paris, octobre 2008.
32. Eurobarometr spécial 227D , Les européens et le don d'organes, Rapport 2007.
33. François Isambert , Aux sources de la bioéthique , la revue française : Le débat , n° 25 , mai 1983 .
34. Jean Savatier ,Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui , les petites affiches ,n° 49 ,14 décembre 1994 .
35. Nicole Lahaye-Bekaert ,Belgique rapport national ,partie 1^{ère} , revue internationale du droit pénal ,1988.
36. Recueil international de législation sanitaire ,1991.
37. Recueil sélectif jurisprudence en matière de bioéthique et de droit médical , Strasbourg,1998 .
38. René Savatier , les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines , J.C.P. 1969 .

➤ **Site Web :**

39. Fécondation in vitro: oui ou non , PPD -nouvelles et actualité.site (:<http://WWW.ppd-fmf.ch/fnouveses.htm>)

الفهرس

- مقدمة 03
- القسم الأول: حماية الكيان المادي للجسم البشري قبل الولادة 16
- تعريف التلقيح الاصطناعي وأشكاله 23
- نبذة تاريخية عن التلقيح الاصطناعي 23
- التلقيح الاصطناعي بين المؤيدين والمعارضين 25
- موقف التشريعات الوضعية من التلقيح الاصطناعي 35
- الباب الأول : التلقيح الصناعي الداخلي 37
- ♦ الفصل الأول: الإخصاب بماء الزوج أو بماء أجنبي 37
- المبحث الأول: التلقيح بماء الزوج أثناء حياته 38
- المبحث الثاني: التلقيح بماء الزوج بعد الوفاة 41
- المبحث الثالث: التلقيح بماء غير الزوج 49
- ♦ الفصل الثاني: نطاق مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة
- الضوابط القانونية والفنية في التلقيح الاصطناعي الداخلي .. 50
- المبحث الأول : تخلف شرط الرضا 50
- المبحث الثاني: عدم احترام الطبيب للأصول العلمية المتعارف عليها 56
- المطلب الأول : ماهية الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية 57
- المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب عن خطئه في مجال عمليات التلقيح الاصطناعي 66
- الباب الثاني : التلقيح الاصطناعي الخارجي (طفل الأنبوب) 69
- ♦ الفصل الأول : مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي 72
- المبحث الأول : التلقيح في أنبوب اختبار بين الزوجين 72
- المبحث الثاني : التلقيح في أنبوب اختبار بتدخل الغير 73
- المطلب الأول : المتبرع بنطفة مذكرة 74
- الفرع الأول: حالة المرأة غير المتزوجة 74
- الفرع الثاني : حالة المرأة المتزوجة 79
- المطلب الثاني : المتبرعة ببويضة : 87
- المطلب الثالث : الحمل لحساب الغير (الأم المستعارة) 94

- الفرع الأول :تأجير الأرحام بين المؤيدين والمعارضين99
- الفرع الثاني : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال الكنيسة من تأجير الأرحام.....101
- الفرع الثالث:موقف التشريعات الوضعية من تأجير الأرحام.....104
- الفرع الرابع: التكليف القانوني والشرعي لعقد الرحم106
- ♦الفصل الثاني: نطاق الحماية القانونية لأجنة الأنابيب 110
- المبحث الأول : الطبيعة الشرعية والقانونية للقائح الأدمية113
- المبحث الثاني :نطاق الحماية القانونية للأجنة المخصبة خارج الرحم.....118
- المطلب الأول:نطاق حماية الخلايا التناسلية غير الملقحة119
- المطلب الثاني: نطاق حماية الخلايا التناسلية الملقحة120
- المبحث الثالث: ضبط الممارسات على الأجنة المخصبة خارج الرحم
في القوانين البيوأخلاقية126
- المبحث الرابع : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الممارسات الطبية
على اللقائح الأدمية.....151
- خلاصة القسم الأول :.....158
- القسم الثاني :حماية الكيان المادي للجسم البشري بعد الولادة162**
- أهم المحطات التاريخية لعمليات نقل الأعضاء164
- مكونات الجسم البشري باعتباره مناط العمليات الطبية الحديثة166
- ضبط المصطلحات المستعملة في مجال نقل وزراعة الأعضاء170
- الباب الأول :نقل الأعضاء من الأحياء.....172**
- ♦ الفصل الأول : مشروعية نقل الأعضاء في الأديان السماوية.....172
- المبحث الأول : موقف الشريعتين المسيحية واليهودية173
- المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية174
- ♦الفصل الثاني الأساس الفقهي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء وأثره
على نطاق الحماية القانونية للجسم البشري.....185
- المبحث الأول: الأساس الفقهي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء.....189
- المطلب الأول : نظرية الضرورة.....190
- الفرع الأول : فحوى نظرية الضرورة191

- الفرع الثاني : تقييم نظرية الضرورة 196
- المطلب الثاني:نظرية المسؤولية الاجتماعية..... 197
- الفرع الأول :مضمون النظرية الاجتماعية..... 197
- الفرع الثاني :تقييم نظرية المنفعة الاجتماعية 199
- المبحث الثاني : شروط نقل الأعضاء البشرية 202
- الفرع الأول:شكل وخصائص رضا المانح 204
- الفرع الثاني:الإزامية الحصول على رضا المتلقي وتبصيره 239
- ♦الفصل الثالث : مسؤولية الطبيب والمؤسسات الإستشفائية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء..... 244
- المبحث الأول: نطاق مسؤولية الطبيب في حال تخلف الرضا..... 245
- المبحث الثاني : مسؤولية الطبيب في حال تخلف مبدأ المجانية 250
- المبحث الثالث: تخلف شرط سرية التبرع 252
- الباب الثاني: نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء..... 253
- ♦ الفصل الأول: تحديد لحظة الوفاة..... 259
- المبحث الأول: معايير تحديد لحظة الوفاة 260
- المطلب الأول: المعيار التقليدي للوفاة..... 261
- المطلب الثاني : المعيار الحديث للوفاة (الموت الدماغي) 256
- المطلب الثالث: حدود الإنعاش الصناعي..... 266
- المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني من تحديد لحظة الوفاة 270
- المطلب الأول: الموقف الشرعي من تحديد لحظة الوفاة 271
- المطلب الثاني: موقف الفقه والتشريعات الوضعية من تحديد لحظة الوفاة..... 278
- ♦ الفصل الثاني: شروط إباحة الاستئصال من الجثث 284
- المبحث الأول: الموافقة الصريحة أو المفترضة للشخص قبل وفاته 285
- المطلب الأول: حكم الإيذاء بالجثة أو بجزء منها عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 285
- المطلب الثاني: شروط وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى في التشريعات المقارنة..... 287
- المطلب الثالث: منظمة الصحة العالمية ومبدأ الموافقة على الاستئصال..... 296
- المبحث الثاني: انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب 298
- المبحث الثالث: قيود وضوابط خاصة بالاستئصال من جثث الموتى..... 301

- خلاصة القسم الثاني: 304
- الخاتمة:..... 310
- ملاحق:..... 319
- المصادر والمراجع:..... 320
- الفهرس :..... 331

تمت بحمد الله يوم الأربعاء 29 رمضان 1431 هـ الموافق 8 سبتمبر 2010 م

أحمد عمراني